سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي
ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف
سيد عبد الله علي حسين
من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
أ. د محمد أحمد سراج
أ. د علي جمعة محمد
أحمد جابر بدران

المجلد الأول

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

سلسلة دراسات المقارنات التشريعية (٢)

المقارنات التشريعية

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي

مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف
سيد عبد الله علي حسين
من علماء الأزهر الشريف وليسانس في الحقوق الفرنسية

دراسة وتحقيق
مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية
أ. د محمد أحمد سراج
أ. د علي جمعة محمد
أحمد جابر بدران

المجلد الأول

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى

1421 هـ - 2001 م

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

القاهرة - مصر 120 شارع الأزهر ص ب 161 الغورية

هاتف 5932820 - 2704280 - 2741578 (202) فاكس 2741750 (202)

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

يسعد أسرة مركز الدراسات الفقهية المقارنة أن تقدم عملها الثاني في سلسلة دراساتها الفقهية المقارنة ، وهو كتاب المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه علي حسين الذي كان قد نشر عام 1947 ، دون أن يحظى بالتقدير الواجب في تداوله والتعليق عليه ، حتى احتجب . وها نحن نحاول استعادته لدائرة الضوء ، بالتعليق والتحديث والشرح ، تقديرًا منا للجهد الذي بذله المؤلف ، وتأكيدًا لفائدة النقاش الذي بدأه في المقارنة بين المفاهيم الفقهية الشرعية والقانونية .

أما العمل الأول الذي سبق في الصدور فهو نشر كتاب المقارنات التشريعية للشيخ مخلوف المنياوي الذي وازن فيه صاحبه بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي ، ولكن بمنهج مختلف عن منهج الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين ، حسبما يأتي توضيحه في مقدمة هذا العمل . وقد وفق اللّه مركز الدراسات الفقهية المقارنة ودار السلام للنشر والتوزيع لنشر هذا الكتاب العام الماضي 1999م . ونأمل - أعضاء مركز الدراسات الفقهية - أن يوفقنا اللّه إلى نشر العمل الثالث في سلسلة الدراسات الفقهية المقارنة ، وهو لوزير العدل المصري ذائع الصيت ، قدري باشا . ويختلف عمله عن سابقيه في إجرائه الدراسة المقارنة بين القانون المدني الفرنسي والفقه الحنفي الذي برع في الإحاطة بجوانبه ، فيما يدل عليه كتابه : مرشد الحيران إلى أحوال بني الإنسان ، ولعل كتابه هذا أكثر الكتب الفقهية الحديثة تأثيرًا في الصياغات التشريعية العربية فيما تدل عليه القراءة السريعة للمذكرات التوضيحية للقانون المدني الأردني والعراقي والإماراتي .

والهدف من نشر هذه السلسلة هو عقد الصلة بين مفاهيم الفقه الإسلامي والتطبيقيات القانونية الحديثة ، مما قد ييسر التقاء المشتغلين بالدراسات الفقهية والقانونية على صعيد واحد ، للنظر في مشكلات مجتمعاتهم والوصول إلى الحل التشريعي الأمثل لهذه المشكلات ، في ضوءِ من تطلع هذه المجتمعات للأخذ بأسباب التقدم والرقي ومحافظتها على ذاتها وتراثها وأعرافها التي تكونت في ظل

تطبيق أحكام الفقه الإسلامي أكثر من ثلاثة عشر قرنًا من الزمان . ومن جهة أخرى فلعل في نشر هذه السلسلة ما يعين على تتبع حركة الدراسات الفقهية المقارنة ومعرفة تطورها التاريخي ؛ ذلك أن الشيخ مخلوف المنياوي قد ألف كتابه الذي أشرت إليه قبل أن يبدأ لامبير عمله في الدعوة إلى الاهتمام بالدراسات القانونية المقارنة .

وقد أذكت هذه الأهداف الخطة التي سار عليها المركز في نشر هذه الأعمال ، وذلك بتوثيقها توثيقًا فقهيا بتحديد المراجع المشار إليها في هذه الأعمال بالجزء والصفحة ، مع لفت النظر إلى ما يقابل المفاهيم الفقهية في القوانين المدنية العربية المعاصرة ؛ وتهدف من الجمع بين التوثيق الفقهي والقانوني على هذا النحو من التركيز إلى وصل الحاضر بالماضي ، وربط التطبيقات القانونية بأسسها الفقهية ، مما قد يساعد على إنهاء حالة التصلب والجمود التي تعانيها الآن الدراسات الفقهية والقانونية على السواء .

وعلى الرغم من شمول المقارنة التي قمنا بها بين المفاهيم الفقهية والقانونية ، إلى الحد الذي لا يجد القارئ لهذا العمل الثاني مفهومًا قانونيًا حديثًا أو معاصرًا أفلت من المتابعة الفقهية أو غاب عنه ، فإننا لا ندَّعي أننا قد أحطنا إحاطة تامة بجانبي المقارنة ، ولكننا نأمل أن نكون قد وفقنا إلى التنبيه على فائدة هذه المقارنة ، وتأكيدها كذلك ، بالإصرار على نشر هذه الأعمال الثلاثة في سلسلة واحدة .

والله ولي التوفيق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة التحقيق

القضية والأهداف :

1 - الشيخ سيد عبد الله علي حسين مؤلف هذا الكتاب الذي نقدمه عاشق للفقه الإسلامي ، برح به عشقه وأكبّه على التبحر فيه ، والانصراف إليه ، والتعمق في دراسته ، والتوفر على مقارنته بغيره لاكتشاف أدوات جديدة ووسائل غير مألوفة في البحث الفقهي . لقد أمدته روح العشق للفقه الإسلامي بهذه القدرة اللازمة لارتياد عالم المقارنة بين نظامين تشريعيين متباعدين في النشأة والتطور ومنهج النظر وأساليب الصناعة ، وهذه الروح ذاتها هي التي أقدرته على القيام بهذا العمل الضخم الذي احتاج لوقت وصبر وبحث واستقصاء مدة ثماني سنوات (من 1940/2/25 م إلى 1948/4/28) .

وقد تمثل هدفه في القيام بهذا العمل الضخم في تحقيق أمرين أساسين :

الأول : رفع الإصر عن علماء مصر ، ورفع تهمة التفريط عنهم ، وبيان أنهم ما رضوا بالتغيير القانوني الذي أحدثته إنجلترا عقب احتلالها للبلاد ، وذلك بإصدارها قوانين غربية الأصل ووضعها موضع التطبيق في مصر ، حتى آل الأمر إلى تطبيق التشريع الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية وحدها بعد أن استمر تطبيق هذا التشريع في مصر وغيرها من البلاد الإسلامية في المجالات التشريعية المتنوعة مدة ثلاثة عشر قرنا من الزمان . لقد أراد الشيخ سيد عبد الله أن يبرهن على أن اتهام العلماء بالتفريط وعدم المعارضة لهذا التغيير القانوني اتهام ظالم ، فهم قد غلبوا على أمرهم ، طبقًا لتعبيره .

والآخر : العمل على الرجوع بالتشريع الإسلامي إلى مكانته السابقة من الاحتكام إليه والعمل به واستمداد التشريعات الواجبة التطبيق في مصر من أحكامه . وهو يعتبر عمله الذي نقدم له دعوة وبلاغًا « للمسلمين وحكامهم أن يرجعوا إلى دينهم القويم ويحكموا به ويتحاكموا إليه » [1] خاصة أنه قد فرغ من عمله هذا حين

---

(1) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله علي حسين 332/4 .

كان البرلمان المصري ينظر القانون المدني الجديد الذي قدمه الفقيه المصري الذائع الصيت عبد الرزاق السنهوري . وقد أراد الشيخ سيد عبد اللّه من اللجنة القائمة على مشروع القانون المدني الجديد أن يتم مراجعة هذا المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، وبحث ما جاء فيه بالنظر إلى هذه الأحكام .

2 – لقد اتضح له هذان الهدفان ووعى بهما وسعى إلى تحقيقهما بطريق علمي يعتمد على الإقناع بالحجة والمنطق ، وكان سبيله في هذا هو إجراء هذه المقارنات التفصيلية بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ودلته هذه المقارنة على مشروعية هدفه وصحة قصده وسلامة مطلبه . ومما يدل على وضوح هذين الهدفين في ذهنه ووعيه بهما الخطاب الذي أرسله إلى مشايخ المعاهد الدينية وكبار المسئولين في الأزهر يطلب منهم العمل على التدخل لدى السلطات المختلفة في مصر لضمان مراجعة مشروع القانون المدني الجديد على أحكام الشريعة الإسلامية بما يرفع عنهم تهمة التفريط في مسئولياتهم ، وبما يؤدي إلى الرجوع بالفقه الإسلامي لقاعات المحاكم ومنصات القضاء [1] .

3 – ولتقدير منهجه الذي اعتمده في العودة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والذي ارتضاه ، وهو وجوب مراجعة أحكام مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية بحيث يقبل من أحكام هذا المشروع ما لا يعارض الأحكام الشرعية ويرد منه ما يتعارض ، فإنه تلزم الإشارة إلى أن منهجه هذا يتسم بأنه المنهج العملي الممكن والمقبول في الظروف المعاصرة . إنه لم يطالب بوجوب الرجوع إلى أحكام مذهب من المذاهب الفقهية وتقنين هذه الأحكام للعمل بها ، كما أنه لم يطالب باعتماد مجلة الأحكام العدلية [2] التي كانت ما تزال مطبقة في عدد من البلاد العربية المجاورة كالعراق وسوريا والأردن وفلسطين ، وإنما طالب بمجرد مراجعة أحكام المشروع لاستبعاد ما يتعارض من نصوصه مع أحكام الشريعة الإسلامية . ويتيح هذا المنهج بلا شك الإفادة مما لحق بالتفكير القانوني الإنساني

---

(1) أثبت الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين هذا الخطاب في آخر كتابه .

(2) وضعت مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية ، وصدرت من عام 1869 م حتى سنة 1876 م ، واستمدت أحكامها من المذهب الحنفي .

من تقدم ونضج ، كما أنه يراعي درجة التطور التي حققتها المجتمعات الإسلامية في العصر الحديث دون اضطرار إلى التضحية بذاتيتها والمبادئ الدينية والخلقية التي تسري في هذه المجتمعات مسرى الروح في الجسد .

4 – ويمكن القول دون أدنى مجازفة بأن هذا المنهج الذي اقترحه المؤلف هو المنهج الذي سارت عليه التشريعات التي صدرت في البلاد العربية والإسلامية في النصف الثاني من هذا القرن . من ذلك القانون المدني العراقي الصادر عام 1951 م والتقنين المدني الأردني الصادر عام 1976 ، والقانون التجاري الكويتي الصادر 1961 م وأعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت خمس سنوات (من سنة 1962 حتى 1966) والقانون الكويتي الصادر عام 1980 ، وهو ما سار عليه كذلك مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الذي أشرف عليه د . صوفي أبو طالب رئيس مجلس الشعب المصري أثناء إعداد هذا المشروع عام 1981 ، والقانون المدني الإماراتي الصادر عام 1985 والمعدل بالقانون الصادر سنة 1987 .

وينبغي ألا يغيب عن البال دلالة قبول منهج الشيخ بمراجعة الأحكام القانونية على ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية لاستعادة المكانة التي كانت للفقه الإسلامي على رجاحة عقل الرجل ، وبعد نظره ، وإخلاصه للفقه الإسلامي وقضية تطبيقه ؛ إذ تبلور هذا المنهج فيما بعد ، وأصبح هو الأسلوب المعتمد لدى اللجان التي تعاقبت على إصدار القوانين المدنية في البلاد الغربية على النحو الذي سلفت الإشارة إليه .

5 – لقد خذله هؤلاء العلماء الذين كتب إليهم يستحثهم على السعي لدى الحكومة والبرلمان لمراجعة أحكام مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية قبل إصداره ، حيث كان المشروع أمام مجلس الشيوخ المصري للنظر فيه وإقراره . وهو يسجل هذا الخذلان ببيان أن هؤلاء العلماء لم يحركوا ساكنا حتى « مر القانون وأصبح واجب النفاذ في التحاكم » ، ومع ذلك فإنه يؤكد أن هذا الموقف منهم لم يدخل اليأس إلى قلبه ، « وسيأتي وقت العمل بما شرع اللّه إن عاجلًا أو آجلًا ، وهو يوم عيدي في الأرض إن كنت حيًا ، وعيدي في السماء إن كنت ميتًا ، وكفى باللّه شهيدًا » .

6 – لقد تفجرت هذه العواطف المشبوبة تجاه قضية تطبيق مبادئ الفقه

الإسلامي أثناء نظر مجلس الشيوخ المصري مشروع القانون المدني الجديد لعديد من العوامل التي يعبر عنها الشيخ سيد عبد اللّه نفسه ، في مقدمتها إيمانه بأن الرجوع إلى أحكام هذا الفقه للتحاكم إليه هو ما يمليه الدين ويفرضه التدين ، وهو لهذا يرى قدرًا كبيرًا من التناقض بين الأخذ بقوانين مستمدة من غير الشريعة الإسلامية وأداء الصلاة والصيام والاحتفال بالأعياد الإسلامية ، وهو مدفوع أيضًا بالنظر إلى مصلحة البلاد ؛ إذ يرى أن الأحكام الفقهية الإسلامية هي التي تتفق مع معتقدات الناس وأعرافهم التي تكونت هذه الأحكام على مر العصور في إطارها بخلاف هذا المشروع الذي يعارضه من الناحية النظرية لكونه « مأخوذا من ستة عشر تشريعًا وَضْعِيًّا من أمم مختلفة ، تتباين معنا في عرفنا وعاداتنا وديننا وقوميتنا » [(1)] .

7 - أهمية الدراسة المقارنة في تطوير الدراسات الفقهية : -

ينتمي كتاب المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه حسين الذي نقدم له إلى هذا النوع من الدراسات الفقهية المقارنة بالقوانين الوضعية ، وذلك بتوخيه بيان أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ويكتسب هذا النوع من الدراسة أهمية خاصة بين الدراسات الفقهية والقانونية على الرغم من جدته وحداثة ظهوره . ولعل هذه الأهمية تتضح بالنظر في الجوانب الآتية :

أ - تيسر المقارنة بين نظامين تشريعيين التعرف على طبيعة كل من النظامين ومصادرهما والعوامل الاجتماعية والاقتصادية التي أسهمت في تكوينهما ، ذلك أن تشابه هذه الظروف في النظامين المقارن بينهما مما يغري بنسبة القواعد التشريعية المتشابهة بينهما إلى هذه الظروف ، أما عند اختلاف القواعد التشريعية مع تشابه هذه الظروف فيلزم البحث عن عوامل أخلاقية أو اعتقادية أو فنية أو قانونية أنتجت هذا الاختلاف . ولعل هذا الهدف العلمي النظري يكون أهم أهداف الدراسات المقارنة ؛ ذلك أن التعرف على طبيعة النظم التشريعية والعوامل المؤثرة في تطورها من شأنه أن يسهم في التعرف على القواعد العامة التي تحكم تطور هذه النظم ، مما يساعد في تفسير بعض الاختيارات التشريعية في نظام تشريعي أو فقهي معين . وعلى سبيل المثال فإن مذهب الأحناف في عدم اعتبار المنافع أموالًا أمر يتناسب مع

(1) المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد اللّه علي حسين 325/4 .

التطور الاجتماعي والاقتصادي الذي لا تكتسب فيه المنفعة أو الخدمة أهمية اقتصادية . ويمكن فهم هذه الاستثناءات التي انتهى إليها متأخرو الأحناف في اعتبار بعض المنافع من الأموال (منفعة الصبي - منفعة ماله - منفعة الوقف - منفعة الأموال المعدة للاستغلال) على أساس من التعرف على طبيعة التطور الاجتماعي ، واتجاه هذا التطور إلى إقرار قيمة مالية للمنافع والخدمات . وكذلك فإن إطلاق الحرية الاقتصادية في القرن التاسع عشر ناسب الأخذ في القوانين السائدة آنذاك بإطلاق يد المالك في ملكه ومنع مسئوليته عما قد يترتب على استعماله لحقوق ملكيته من إضرار بالغير . ويمكن تفسير مذهب أبي حنيفة وابن حزم في إطلاق يد المالك في ملكه بالنظر إلى هذا التوجه نفسه بخلاف مذهب جمهور الفقهاء الذي فطن إلى ما قد يترتب من أضرار اجتماعية على إطلاق يد المالك .

ب - ومن جهة أخرى فإن بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظم القانونية والتشريعية من شأنه أن يلقي الضوء على العلاقات التاريخية بين الشعوب مما يؤكد التواصل بينهما ، ويشجع على التقارب والالتقاء بين الأجناس والشعوب ، ويساعد على التعرف على ما عند الآخر وفهمه . ولا شك في أن الاعتراف العالمي بمكانة الشريعة الإسلامية بين النظم القانونية العالمية إنما يرجع إلى اتباع منهج الدراسة المقارنة التي أدت إلى التعرف على مبادىء هذه الشريعة وتأثيرها في التفكير القانوني الغربي .

يقول سانتيلانا (DE SANTILLNA) : من الأمور الإيجابية التي اكتسبناها من التشريع العربي - يقصد الإسلامي - هذه الأنظمة القانونية العديدة من مثل الشركات المحدودة المسئولية (القراض) ، وهذه الأساليب المتصلة بالقانون التجاري ، وحتى لو نحينا هذا كله جانبًا فمما لا شك فيه أن المعايير الخلقية الراقية لجوانب معينة من هذا التشريع قد ساعدت على إحداث التطوير المناسب لكثير من مفاهيمنا الحديثة . وفي هذا تكمن العظمة الدائمة لهذا التشريع .

وينادي المستشار ROBERT H. JACKSON قاضي المحكمة العظمى SUPREME COURT في الولايات المتحدة بضرورة أن يتجه طلاب الدراسات القانونية في الغرب إلى بذل جهد أوفر في الاهتمام بالتشريع الإسلامي نظرا لتزايد العلاقات التجارية والسياسية القائمة بين البلاد الإسلامية والبلاد الغربية . وقد انتهت

محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 1958/8/23 م إلى الإشادة بأحكام الشريعة الإسلامية والإشارة إلى أنها أحد الأنظمة القانونية الراقية في العالم الحديث . ومن قبل ذلك انتهى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي انعقد بكلية الحقوق جامعة باريس عام 1951 م إلى أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة تشريعية لا يمارى فيها ، وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذا النظام القانوني العظيم ينطوي على ثروة من المفاهيم الفقهية ، وصناعة هي مناط الإعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجتها .

ويشير مشيل دي توب إلى تأثير هذه الروح الإنسانية والخلقية التي جاء بها الإسلام وتجسدت في فلسفته الفقهية وفضلها على أوربا في العصر الوسيط ، حيث يذكِّر بما كانت تعانيه البشرية من بؤس وتعاسة ، وتأثير القواعد التشريعية الإسلامية الرامية إلى تخفيف وطأة الحروب على غير المقاتلين في التخفيف من هذه المعاناة . وإذ يرجع الفضل في تقدير التشريع الإسلامي على المستوى العالمي إلى الدراسة المقارنة ؛ فإنه لا صحة للنظر إلى المقارنة بين الشريعة والقانون على أنها تقلل من شأن مصدر الشريعة الإلهية ، وتنزل بها إلى المستوى البشري الإنساني .

والواقع فيما يقول الدكتور جمال عطية في بحثه عن التجديد الفقهي المنشود أن الدراسة المقارنة تجلي من مزايا الشريعة ومن ثراء الفقه ما يجعلهما محل تقدير واحترام الجهات العلمية العالمية . ويقف مؤلف المقارنات التشريعية في صف هؤلاء الذين سبقت الإشارة إلى أقوالهم بأن الفقه الإسلامي قد أسهم في ترقية الفكر القانوني الغربي .

ج - ومن جهة أخرى فإن للدراسة المقارنة آثارًا عملية عديدة ، من بينهما تيسير التقنين المنهجي لأحكام الفقه الإسلامي لما يفيده إثبات أوجه الاتفاق من التعرف على المصالح في السياقات الاجتماعية الحديثة . وكذلك فإن للدراسة المقارنة أهميتها في تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في البلاد الإسلامية العديدة - ومن بينها مصر - التي تضمنت دساتيرها النص على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع ؛ ذلك أن إثبات مخالفة نص قانوني لمبادئ الشريعة الإسلامية على النحو الذي تفيده الدراسة المقارنة يستوجب الحكم بعدم مشروعية هذا النص القانوني والعمل على تغييره وإحلال غيره مما لا يكون مخالفًا لهذه المبادئ محله .

وبهذا فإن إثبات جوانب الاختلاف بين النظام الفقهي والقانوني مما يساعد على تطبيق النصوص الدستورية القاضية بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع . وهكذا فإن للدراسة المقارنة أهميتها التي لا تنكر على الصعيد النظري والعملي على السواء .

8 - وهو يرى كذلك قدرًا غير قليل من التعارض بين مبادئ الشريعة وبعض المواد التي تضمنها المشروع المدني المصري كمادته الثانية التي يشير إليها على وجه الخصوص في رسالته إلى علماء الأزهر وأهل المسئولية فيه ، ذلك أن هذه المادة قد أوجبت رجوع القاضي عند عدم وجود نص تشريعي إلى قواعد العرف أولًا ثم إلى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة من نصوص القانون المدني دون تقيد بمذهب معين . وهو ينعى على واضعي هذا القانون إهدار التشريع الإسلامي بوضعه بهذا الترتيب بعد نصوص القانون والعرف .

ومن جهة أخرى فإنه يرى سمو الفقه الإسلامي ورقيه وملائمته لضبط العلاقات الإنسانية في المجتمعات الإسلامية ؛ ذلك أنه يذكر في خطابه للملك فاروق أن ما تركه متشرعو الإسلام من قواعد الحكم وأصول التشريع « يعد فخرًا مدى الدهر » ، بل هو يرى أن التشريعات الغربية مردها إلى الفقه الإسلامي واجتهادات هؤلاء المتشرعة ، وهو يؤكد أن هذا القول وليد دراسة متأنية عميقة ؛ فقد درس التشريع الإسلامي في الأزهر حتى أصبح من علمائه ، كما درس القوانين الوضعية بجامعات أوربا ، حتى اطمأن إلى هذه النتيجة ووجد دَيْنًا في عنقه بحسب تعبيره « أن يبين للناس كافة وللمسلمين خاصة مأخذ التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي » .

هذه قضية الرجل ، وهذه هي أهدافه التي سعى إلى تحقيقها ، فمن هو ؟

تعريف بالمؤلف :

9 - اسمه سيد عبد اللّه علي حسين ، ولد بقرية تدعى تيدا مركز كفر الشيخ في الخامس من مارس 1889 م ، 1309 هـ ، وحفظ القرآن الكريم بهذه القرية ، ثم أرسله والده لطلب العلم في المعهد الديني بدسوق عندما كان في الثانية عشرة من عمره ، وبقي بدسوق عامًا واحدًا انتقل بعده إلى الأزهر عام 1322 هـ / 1902 ، واستمر في دراسته خمسة عشر عامًا دون انقطاع حتى حصل على شهادة العالمية

عام 1337 هـ - 1917 م .

وقد بدأ حياته العملية عقب تخرجه مباشرة فاشتغل محاميًا شرعيًا في طنطا وكفر الشيخ حتى سفره عام 1921 إلى ليون بفرنسا ، حيث درس الحقوق الفرنسية والقانون مدة أربع سنوات حصل بعدها على الليسانس في القانون ، وذلك في عام 1925 م .

ويلفت النظر اهتمام الحكومة المصرية بإرسال هذا الشيخ الأزهري الذي كان يشتغل بالمحاماة في عاصمة إقليمية لدراسة الحقوق في فرنسا ، مما قد يثير التساؤل حول أهداف الحكومة من ذلك ، واستعداد الشيخ لتحقيق هذا الهدف ومهارته اللغوية وما إلى ذلك من أمور ، ولعل الشيخ كان هو أول أزهري متخرج في كلية الشريعة يتقرر إرساله للحصول على مثل هذه الشهادة في الحقوق الفرنسية ، وللأسف فإن هذه التجربة لم تتكرر بعد ذلك كثيرًا ، وقد عاد الشيخ إلى مصر عقب حصوله على الليسانس حيث استأنف عمله محاميًا شرعيًا اثنتي عشرة سنة متواصلة فيما بين عامي 1925 م ، 1937 م . غير أنه دخل بعد ذلك وهو في العام الثامن والأربعين من عمره إلى الخدمة الحكومية ، فعين في إدارة المطبوعات بوزارة الداخلية مراقبًا بفرع الجرائد الشرقية الذي أطلق عليه فيما بعد « قسم الصحافة الشرقية العربية » .

10 - ويبدو أن عمله الوظيفي وإقامته بالقاهرة قد وفرا له الجهد والوقت اللذين أنفقهما في الكتابة والتأليف والبحث العلمي ، حيث بدأ مشروعه الكبير : « المقارنات التشريعية » بعد ثلاث سنوات من تعيينه بوزارة الداخلية ، وذلك في 1940/2/25 م ، واستمر في هذا العمل قريبًا من ثماني سنوات على ما سلفت الإشارة إليه ، وصدرت الطبعة الأولى والوحيدة لهذا الكتاب عام 1366 هـ 1947 م ، وتعهدت بذلك دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه . وقد نعم الشيخ سيد عبد الله علي حسين بتقدير هيئات علمية عديدة إثر ظهور كتاب « المقارنات التشريعية » ؛ فانتدبته حكومة العراق أستاذا للشريعة الإسلامية في كلية الشريعة ببغداد حتى سنة 1952 حيث عاد إلى عمله بوزارة الدخلية إلى أن أحيل للتقاعد عام 1954 ، وعمره آنذاك خمسة وستون عامًا .

وقد عاد إلى الاشتغال بالمحاماة بعد ذلك ثلاث سنوات أخرى حتى عام 1957 حيث انتدبته وزارة الأوقاف المصرية مندوبًا دينيًا إلى المسلمين في الأرجنتين مدة ثلاث

سنوات أخرى حتى عام 1960 عاد بعدها إلى الاشتغال بالمحاماة حتى توفي .

مؤلفاته :

11 - ألف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين عددًا من المؤلفات في الفقه ، لعل من أهمها ما يلي :

أ - « الأجوبة التيدية في مذهب السادة المالكية في التوحيد والفقه » ، وهو يتناول فيه عددًا من مسائل العبادات ، والمعاملات ، والأقضية ، والشهادات ، والدية ، والميراث ، والطلاق ، والعدة . فرغ من تأليفه في الثالث والعشرين من ذي القعدة عام 1330 هـ ، وتمت طباعته الطبعة الأولى عام 1332 هـ ، وتوالت طباعته بعد ذلك ، وبين أيدينا الطبعة التاسعة بنشر المكتبة المحمودية التجارية (دون تاريخ) ، وقد أثنى على هذا الكتاب عدد من علماء الأزهر المشتغلين بدراسة الفقه وتدريسه مما هو ملحق بالطبعة التاسعة المشار إليها ، وقد صاغ كتابه هذا على هيئة سؤال وإجابته ، مما ضمن له هذه الحيوية والجدة ويسر المتابعة .

ب - « الأجوبة الفقهية في مذهب السادة الشافعية » انتهى الشيخ من تأليف هذه الكتاب في 22 من ربيع في سنة 1385 هـ الموافق 19 من أغسطس سنة 1965 م ، ونشرته المكتبة المحمودية التجارية بالقاهرة ، ويقع في قريبا من ثلاثمائة صحيفة ، ويتناول موضوعات متعددة كالطهارة ، والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، والصيد ، والذبائح ، والنكاح ، والطلاق ، والنفقة ، والحضانة ، والديون ، والرهن ، والتفليس ، والحجر ، والصلح ، والحقوق المشتركة ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والإقرار ، والعارية ، والوديعة ، والغصب ، والشفعة ، والقسمة ، والمضاربة ، وسائر المعاملات والجنايات ، وأحكام الجهاد والقضاء ، وأحكام العبيد والميراث . ويتناول المؤلف أحكام هذه الموضوعات من وجهة المذهب الشافعي طبقًا لما يدل عليه عنوان الكتاب .

ج - « الوافي لأحكام الميراث شرح قانون الميراث والمذكرة التفصيلية » نشر المكتبة المحمودية التجارية عام 1980 ، ويقع هذه الكتاب في 128 صحيفة ، تناول فيها الموضوعات التي تناولها قانون الميراث المصري الصادر عام 1943 م .

د - « الجن ، العالم الثاني » نشر المكتبة المحمودية التجارية (بدون تاريخ)

ويتناول فيه وجود الجن ، وحياته ، ومعاشه ، وتناسلهم ، وعلاقته بالإنسان ، وموتهم ، وذلك بالرجوع إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية .

هـ - « الجن في ذكر جميع أحوال الجن » نشر دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ويتناول فيه أحكام الجن بالرجوع إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية .

ولعل الشيخ قد كتب هذه المؤلفات قبل أن يتمكن يراعه من تدبيج هذه الموسوعة التي احتشد لها بعد تردد وتخوف نابعين من ضخامة العبء وكبر المسئولية التي يلقاها العامل في مجال المقارنات التشريعية . وقد ظهر كتابه هذا الذي نقدم له في أربعة أجزاء ، صدر أول جزء منها عام 1947 م ، وذلك في ظروف بالغة الدقة ، حيث كانت مصر تتطلع لنيل استقلالها السياسي والتشريعي بطرد إنجلترا وتغيير القوانين التي فرضتها ، وقاد عبد الرازق السنهوري الجهود الرامية إلى تغيير القانون المدني القديم الذي عاب عليه ضعف صياغته وتنكره للتقاليد والأعراف الاجتماعية السائدة . وعلى الرغم من ترحيب الشيخ سيد عبد الله بهذا التغيير الذي قاده السنهوري فقد وقع الصدام بين الرجلين لاختلاف منهج كل منهما عن الآخر؛ إذ أصر الشيخ على وجوب مراجعة الأحكام التي تضمنها مشروع القانون المدني الجديد على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ، ووجه خطابا شديد اللّهجة إلى عبد الرازق السنهوري يكيل له الاتهامات ، ويناوئ مسعاه في استبدال قانون مدني بنظيره في الخروج على الأحكام الشرعية وعدم الاعتراف بها . وسنأتي إلى توضيح موقفه من منهج الدكتور عبد الرزاق السنهوري بعد قليل .

12 - ومن الواضح أن كتاب « المقارنات التشريعية » هو أهم كتب الشيخ . وليس هذا فحسب ، فمن الواجب الاعتراف بأن هذا الكتاب واحد من أهم الكتب التي ألفت في الفقه الإسلامي في العصر الحديث . ويكتسب هذه الأهمية فيما عساه لا يخفى من قصد مؤلفه إلى رد الاعتبار للفقه الإسلامي في ظروف إقصائه عن التطبيق ، وتراكم الاتهامات الملفقة ضده بالنعي عليه بالجمود ، والتخلف ، والانحطاط ، وعدم مواكبته للتطور والتقدم . وقد وقع الكثيرون أسرى تصديق هذه الاتهامات من طول ترديدها بنشاط وهمة ، وإذا بالشيخ يخرج بمؤلفه هذا لا ليؤكد

مجرد التشابه بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في تسعة أعشار نصوصهما فحسب ، وإنما ليبرهن على تأثر مفاهيم القانون الفرنسي في هذه النسبة بمبادئ الفقه المالكي . ومن جهة أخرى فإنه يثبت هذا التشابه والتأثير بأسلوب علمي دقيق ، وذلك عن طريق الإشارة إلى المبادئ القانونية الفرنسية المتعلقة بأحد الموضوعات أو البنود ، ثم يذكر ما يقابلها من المذهب المالكي موثقا ما يذكر من القانون أو الفقه توثيقًا أكده بإثبات مصادره ، وأشهد عليه غيره من المتخصصين في الفقه المالكي . وهو يثبت شهادة الشيخ محمد أبو النور زهير المتخصص في الفقه المالكي وأصوله التي جاء فيها أن الشيخ محمد أبو النور زهير قد راجع النصوص المنسوبة في كتاب المقارنات التشريعية للمذهب المالكي ، ووجدها منقولة نقلًا أمينا دقيقًا .

13 – ولا يقف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين في كتابه المقارنات التشريعية عند حدود نقل نصوص المذهب المالكي ، وإنما ألجأته المقارنة في أحوال كثيرة إلى التخريج على أقوال الفقهاء والغوص على علل الأحكام لاستنباط المبادئ الفقهية المقابلة للمبادئ القانونية .

ولهذا كله استقبل كبار العلماء كتاب المقارنات بالبشر والغبطة والسرور ، فاعتبره الشيخ محمد أبو النور زهير وضعا للحق في نصابه وإظهارا لمكانة التشريع الإسلامي ، ورآه الشيخ أحمد الباقوري تأييدًا لمطالب المصلحين الغيورين على مصالح بلدهم من المطالبين بالاستقلال التشريعي الذين كانوا يصدرون في مطلبهم هذا عن العواطف والرغبات الصادقة لا عن حقائق علمية ، فجاء كتاب المقارنات التشريعية ليقدم الأساس العلمي لهذه المطالب . ويلاحظ الشيخ أحمد فهمي أبو سنة أن كتاب « المقارنات التشريعية » عمل عظيم وجهد كبير ، له آثاره الجُلى في أوساطنا الفقهية والقانونية ، عمل لا يمكن أن تقوم به إلا شخصية جمعت بين الحظين ، واستكملت الثقافتين : الثقافة الأزهرية الفقهية والثقافة الأجنبية القانونية ، ممن يقل نظائرهم بيننا في هذه الأيام .

وينبه أبو الوفا المراغي إلى أمر له أهميته في تقدير ريادة هذا الكتاب ، وهو أنه قد سُبِق بمحاولات عديدة في المقارنة بين الفقه الإسلامي وغيره من القوانين الغربية ، ولكن في موضوعات محددة كالبيع أو الرهن ، أما هذا الكتاب فقد تناول بالمقارنة موضوعات القانون المدني الفرنسي بكاملها .

ولا يرى محمد فريد وجدي في المقارنات التشريعية مجرد مجهود نظري يتعلق بالإصلاح التشريعي وحده ، وإنما يرى فيه إسهاما عمليًا في تمهيد الطريق لإعادة مجد الأمة الإسلامية وحفظ كيانها من العلل .

ويعتقد أحد المحامين بطنطا - وهو الأستاذ أحمد المرقي - أن المؤلف قد قام بجهد الجبابرة في التنقيب والبحث . ويلفت هذا المحامي الذي زامل المؤلف وعرفه عن قرب النظر إلى دأب المؤلف وتدقيقه في الأمور اليسيرة حتى أطلق عليه زملاؤه « صائد اللؤلؤ » .

14 - وتكفي هذه الإشارات للدلالة على الحفاوة التي لقيها كتاب المقارنات التشريعية عند ظهوره . ومع ذلك فإن التجاهل الذي صادفه هذا الكتاب بعد ظهوره بفترة يسيرة أمر عسير على الفهم . لقد طبع طبعة وحيدة منذ أكثر من خمسين عامًا ، ولا تظفر بإشارات الباحثين في الفقه الإسلامي إليه ، كما لا تشير إليه الدراسات القانونية إلا قليلًا ، فهل يكون المرء على حق إذا انتهى إلى الإحساس من هذا الصمت بسوء حظ الكتاب ومؤلفه ، أو إلى استشعار خيوط نسج المؤامرة تجاههما ، أو تجاه ما يمثلانه من علم تشريعي أو منهج لم يرض أيا من التقليديين أو المجددين ؟

ولهذا فإننا نأمل أن تؤدي هذه النشرة المحققة للكتاب إلى الوفاء ببعض ما وجب له ولصاحبه من تقدير واحتفاء بعد طول تنكر وتجاهل .

منهج المؤلف ومنطلقاته :

15 - اتبع المؤلف نظام ترتيب الفقه الفرنسي في تتابع الموضوعات وتسلسلها وجعله أصلًا في المقارنة بالفقه الإسلامي ، بحيث يبدأ بالقانون الفرنسي تحت عنوان يكشف عن موضوعه ويحدده لينتقل بعد ذلك في أحوال كثيرة إلى القانون الروماني ثم إلى التشريع الإسلامي ، ليعقب على ما ذكره بتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف .

مثال ذلك أنه يذكر في البند 39 تحت عنوان (الشخص المعنوي) تعريف هذا الشخص في القانون الفرنسي ، ثم يذكر في البند 40 مفهوم الشخصية المعنوية في القانون الروماني ، وينتقل في البند 41 إلى مفهوم الشخصية المعنوية في التشريع الإسلامي ، ويتناول في البند 42 أنواع الشخصية المعنوية في القانون الفرنسي ، كما يتناول هذه الأنواع في التشريع الإسلامي في البند 43 ، ويتناول في البندين 44 ، 45 تحت عنوان : أهلية الشخص المعنوي ما يتعلق بذلك في القانون الفرنسي وفي

التشريع الإسلامي ، كما يتناول تحت عنوان نهاية الشخص المعنوي كلًّا من موقفي القانون الفرنسي (البند 46) والفقه الإسلامي (البند 47) ليخلص من هذا كله إلى إجمال ما يتفق فيه التشريعان وما قد يختلفان فيه . ويفيد هذا المنهج في تنظيم المقارنة وترتيبها وتيسير الإطلاع على نتائجها لاعتياد المتخصصين على الترتيب القانوني . من جهة أخرى فإن هذا المنهج يستلزم تناول الموضوعات القانونية والمسائل التشريعية جميعها مع بحث أحكامها من وجهة الفقه الإسلامي ، مما قد يستدعي الاعتماد على التخريج والاستنباط والاجتهاد ، وهذا ما بدا في المثال السابق ، حيث رأينا المؤلف وهو يستطرد من تناول موضوع الشخص المعنوي في القانون الفرنسي إلى بحث حالته في الفقه الإسلامي . ولما لم يكن الفقهاء قد تعرضوا للشخص المعنوي في منصوص كلامهم فإن المؤلف اضطر إلى التخريج والاجتهاد . وهو يتلمس رأي الفقهاء فيه في التخريج على ما رأوه بشأن بيت المال .

ويجب الالتفات إلى حقيقة موقف الشيخ في مقارناته من القانون الفرنسي وأنه لا يرفض منه إلا ما يراه معارضًا لأصول الشريعة الإسلامية أما ما لا يتعارض منه مع هذه الأصول فهو متحمس لقبوله . وسنجده يكرر كثيرًا عند الحديث عن النظم الإدارية والإجراءات التي حددها القانون أنها دقيقة التنظيم ويلزم الإفادة منها . (راجع ص 105 فيما يلي) .

16 - ويهدف الشيخ من هذه المقارنة إلى إدراك ثراء الفقه الإسلامي واشتماله على مبادئ صالحة لضبط الحياة الاجتماعية وتنظيمها ، قد تتفق أو تختلف مع غيرها من النظم القانونية ، لكن ادعاء صمت الفقه الإسلامي وسكوته عن المبادئ اللازمة لضبط الحياة الاجتماعية المعاصرة ادعاء لا يصح ولا يستند إلى واقع . وهو لا يبرهن على هذا الذي رآه من شمول مبادئ الفقه الإسلامي وقدرته على تنظيم الحياة المعاصرة بمثال واحد ، وإنما تشمل أمثلته مبادئ القانون المدني الفرنسي بكامله .

17 - ويتميز منهج الشيخ سيد عبد الله علي حسين في مقارناته عن منهج الشيخ مخلوف المنياوي في مقارناته بإثبات الأول نقاط الاتفاق وعناصر الاختلاف معا بما يوضح جوانب الصورة بوجهيها ، على حين يكتفي الشيخ مخلوف بإثبات عناصر الاتفاق وحدها .

ومع ذلك فإن الشيخين يشتركان في الاعتماد في المقارنة على المذهب المالكي

وحده ، كما أنهما يشتركان كذلك في الاكتفاء برصد الاتفاق (وحده في حالة الشيخ مخلوف المنياوي) والاختلاف دون تحليل لذلك باستدعاء الظروف الاجتماعية والسياسية ، أو تقدير مدى الكفاءة والملاءمة لضبط العلاقات الاجتماعية وتنظيمها .

18 – ومن الواجب مع ذلك الالتفات إلى اشتمال منهجه على ذكر جوانب الاختلاف بين النظامين القانونيين اللذين يقارن بينهما ، مما هو جدير بأن يوضح حقيقة العلاقة بينهما ، بخلاف هؤلاء اللذين يستندون إلى منهج الأشباه والنظائر لإثبات تأثير أحد النظامين في الآخر . إنه يؤكد على اكتشاف « الفروق » بين النظامين الموضوعين للمقارنة ، وهو في هذا يتميز عن الشيخ مخلوف المنياوي في مقارناته .

19 – ويهدف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين إلى تأكيد « الأشباه والنظائر » لإثبات تأثير الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي ، وهو لهذا لا يتردد في رجع العديد من مبادئ القانون الفرنسي إلى تأثره بالفقه الإسلامي .

من ذلك بداره إلى تقرير أن قاعدة تحريم المملوك على غير مالكه حتى لا يتصرف فيه بغير إذن من المالك « ليست وليدة الثورة الفرنسية كما يزعمون ، وإنما هي وليدة التشريع الإسلامي الذي عاش في أسبانيا وفرنسا سبعمائة سنة ، وقرر حقوق الإنسان منذ وجوده » .

ويلزم تقدير هدف المؤلف في المبادرة إلى التنويه بتأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي بمراعاة الظروف الثقافية والاجتماعية السائدة عند تأليف كتاب المقارنات التشريعية . لقد شُكِّلتْ اللجنة المسئولة عن إعداد مشروع القانون المدني المصري الجديد قبل أن يبدأ المؤلف عمله ، وتطلع الكثيرون بعد أن بدت بشائر الاستقلال السياسي إلى تحقيق الاستقلال التشريعي والقانوني بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ، وظهر الاختلاف لدى النخبة آنذاك في منهج تحقيق الاستقلال القانوني . ولا يصعب تصور مواقع وجهات النظر المختلفة ؛ فقد فهم البعض – ومنهم المؤلف – أن هذا الاستقلال لا يمكن أن يتحقق إلا بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي الذي يمكن التخير من أراء فقهائه ما يناسب تحقيق المصالح الاجتماعية . وهو يجأر بهذا الرأي ، ويتلمس الأنصار والمؤيدين له بإرسال الخطابات الشارحة لوجهة نظره ، سواء لملك مصر آنذاك ، أو لشيخ الأزهر ، أو لرؤساء المعاهد الدينية . وحجة أصحاب هذا

الموقف فيما عبر عنه المؤلف أن الحكم قبل الاحتلال الإنجليزي كان للتشريع الإسلامي ، وأن انجلترا هي التي فرضت القوانين الغربية الأصل في مصر عشية احتلالها لها ، ويجب أن يزول « الاحتلال التشريعي » مع زوال الاحتلال المادي . ويتخوف أنصار هذا الاتجاه من رجال القانون الوضعي ، ويتصورونهم لا يعرفون عن التشريع الإسلامي شيئًا ، وأنهم يرونه تشريعًا لا يصلح للزمان ولا للمكان ، وهي نتيجة حتمية لعكوفهم على الدراسة القانونية وعدم اشتغالهم بدراسة الفقه الإسلامي ، ولهذا يتطلع المؤلف من تقديم دراسته على هذا النحو إلى تعريف هؤلاء الرجال بمبادئ الفقه الإسلامي الراقية الصالحة للزمان والمكان .

أما الفرقة الثانية فكانت ترى تحقيق الاستقلال التشريعي والقانوني بإقامة نظام تشريعي لُحمته وسداه المبادئ القانونية الغربية ، بحجة أن الفقه الإسلامي لم يعد يصلح للتطبيق في العصر الحديث مع تطلع البلاد إلى التحديث والنهضة .

ويهاجم المؤلف أنصار هذا الرأي ، ويعتبره نتيجة جهلهم بالفقه الإسلامي ومبادئه الراقية ، ويضع كتابه « المقارنات التشريعية » ، الذي أثبت فيه بالأدلة تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه الإسلامي تحت أيديهم ؛ حتى ينتبهوا إلى خطأ ما يدعون . ولا يتوقف المؤلف كثيرًا أمام أصحاب هذا الرأي ، مما يدل على أنهم لم يكونوا جهيري الصوت بما يقولون ، ولكنه يتوقف طويلًا أمام جبهة ثالثة كانت أقدر على عرض رأيها من الناحية الفنية ، وأمهر في مخاطبة الرأي العام ، وهي الجبهة التي عبر عنها الدكتور عبد الرازق السنهوري ، ولهذا يهاجمه المؤلف ، دون أن يسميه ، هجومًا لا هوادة فيه ، قصدًا إلى إبطال موقفه والقضاء على جاذبيته المنطقية .

19 - المؤلف وعبد الرزاق السنهوري :

قاد عبد الرزاق السنهوري الجهود الرامية إلى إصلاح القانون المدني المصري الصادر عام 1883 ، وتألفت لهذا لجنة بقرار من مجلس الوزراء عام 1936 م ، وأُسندت رئاسة هذه اللجنة إلى الدكتور عبد الرازق السنهوري في 1936/6/28 ، وقدمت مشروعها بعد ذلك التاريخ بأربع سنوات ، ثم عرضته على الرأي العام وأعادت تنقيحه ، وصدر القانون بعد جهود كبيرة على أن يبدأ العمل به 1949/10/15 . وعلى الرغم من أن مشروع هذا القانون قد اشتمل على كثير من النظريات العامة والأحكام التفصيلية

للفقه الإسلامي ، وجاء النص في مادته الأولى على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرًا رسميًا احتياطيًا يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد نصًا قانونيًا ولا عرفا يمكنه الرجوع إليه ، فإن المؤلف الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين بدا غير مقتنع بهذه الخطوة المحدودة في الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي ، واعتبر هذا الرجوع الجزئي لهذه المبادئ أمرًا غريبًا يتناقض مع العقيدة الإسلامية ، ولا يحقق الطموحات القومية في الاستقلال القانوني ، ولا يتفق مع ما حققه الفقه الإسلامي في تاريخه الطويل .

20 - ويلفت النظر أن المؤلف قد بدأ تأليف مقارناته التشريعية عام 1940 م ، وهو العام الذي انتهت فيه اللجنة المشار إليها من وضع مشروعها ، وبدأت عرضه على الجمهور والمتخصصين ، ولعل عدم رضاه عن عمل هذه اللجنة هو الذي حفزه على تأليف كتابه الذي نقدم له .

ومن أهم ما نقمه على المشروع وواضعيه تأخيرهم للشريعة الإسلامية في المصادر التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص قانوني إلى ما بعد العرف ، ويبلغ هذا في نظر الشيخ سيد عبد اللّه أن يكون دعوة إلى هجر التشريع الإسلامي ؛ ولهذا يقول بأنه كان « الواجب أن يقول الأستاذ بلغة العرب الفصيحة : إنني أدعو العرب لهجر التشريع الإسلامي في بلاد الإسلام حتى تعود إليه الحياة ويعود خصبًا قويًا ؛ لأن رجلا يُلْزِم القاضي بقانونه أن يحكِّم العادة قبل أن يحكِّمٌ التشريع الإسلامي لا يصح أن يتكلم في التشريع الإسلامي ؛ لأنه يجهله أو يعاديه » . (ص 21) .

وعلى الرغم من أن ترتيب المصادر الاحتياطية للقانون على هذا النحو الذي جاء في المادة الأولى من القانون المدني المصري قد يثير كثيرًا من الجدل من الوجهة الفنية في القبول أو الرفض فإنه لا يمكن أن يكون ترتيبًا مقبولًا من وجهة المطالبين بالعودة إلى مبادئ الفقه الإسلامي وقواعده .

21 - وقد ردد السنهوري في مناسبات كثيرة حاجة الفقه الإسلامي إلى الإصلاح والتجديد بعد إغلاق باب الاجتهاد فيه ، حتى تخلف عن ركب الحياة والتطور ، ويتفق مع هذا تعبيره في مذكراته عن أمله في الاشتراك في « عمل لإنهاض الشريعة الإسلامية وجعلها صالحة للتقنين في الوقت الحاضر » [1] . وقد

(1) عبد الرزاق السنهوري من خلال أوراقه الشخصية : ص 60 .

تحدث في شعره إلى أبي حنيفة بما يفيد وجوب الإبقاء على الأصول وحدها ، دون الفروع . يقول في مذكراته :

أبا حنيفة هذا فقهكم بقيت ... منه الأصول وقامت أفرع جدد
ماذا على الدوحة الشيماء إن ذهبت ... منها الفروع وظل الجذع والوتد (1)

ويبدو أنه قد عبر في هذه الأثناء عن الحاجة إلى تجديد الفقه الإسلامي وإحيائه بجعله صالحاً للاستمداد منه في التقنينات المعاصرة . وهذا هو ما ينقمه الشيخ فيما يعبر عنه بنقله قوله ورده عليه . ومما ينقله عنه قوله بأن الفقه الإسلامي توقف عن النمو ، حتى بات « العالم يمشي وهو جامد ، والحضارة تتطور وهو ساكن ، فبعد عن الحاجات المتجددة ... فأصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستقي منه قوانينها الحاضرة ... فأخذت تهجره واحدة بعد الأخرى ، ولجأت إلى القوانين الغربية الحية لتماشي مدنية العصر ، ومن هنا نشأت أزمة الفقه الإسلامي ... فيحتاج إلى جهود جبارة ووقت طويل حتى يعود الفقه الإسلامي إلى مجده الأول ، وينفض عنه غبار الجمود الذي تراكم عليه فيسترد قوته ورونقه ، ويعود تشريعًا جديدًا وفقهًا خصبًا قويًا » (2) .

ولا يوافق المؤلف على شيء من هذا ، ويرده جميعه بقوله : « أيها الأستاذ : إن التشريع الإسلامي حيٌّ حياة إلهية . ولو لم يرق في نظرك فلست أكثر حولا ولا طولًا ممن محوه من بلاد الإسلام ، وأدخلوا قوانينهم ، وحكموا بها ، وألزموها المسلمين قهرا وبلا ذنب إلا احتلالهم . إن علماء التشريع الإسلامي قد أصبحوا - والحمد لله - يضارعون في تفكيرهم وفهمهم أكبر عالم من علماء القوانين الوضعية . ولو سألتموهم عن أي قاعدة لبهركم وأخذ عليكم تفكيركم الوضعي ما يجيبون به . ولكن ما تدعون من علم ومعرفة قد جعلكم - في نظركم على الأقل - أعلم مخلوق وأكبر مشرع ، والله يقول : ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ ، ونصيحتي إليكم أن ترجعوا إلى التشريع الإسلامي وفيه ما فوق الكفاية فتعلموه وابحثوا وبشروا به في كل مكان يعظم شأنكم ويرضى عنكم ربكم ... » (3) .

ومدار الخلاف بين الرجلين أن السنهوري يشترط الاجتهاد وإحياء الفقه الإسلامي

(1) السابق (ص 212) .
(2 ، 3) المقارنات ج 22/1 .

قبل الاعتماد عليه في استنباط القوانين ، على حين يسلم المؤلف بأن الفقه الإسلامي حيّ لا يفتقر إلى أي شيء لصلاح الاستمداد منه في الوقت الحاضر . وهو يشكك في نية من يعلق الاستمداد من الفقه الإسلامي في ضبط العلاقات في البلاد الإسلامية الحديثة على تجديده ، معتقدًا أن القول بهذا التعليق مجرد تكأة وذريعة لاستمرار استبعاد الفقه الإسلامي من التطبيق ، ولتبرير الأخذ من القوانين الغربية .

22 – إثبات التأثير : ومن المحتمل أن يكون هذا النقد الذي ساقه الشيخ مسئولًا عن تطوير فكر السنهوري في الاستمداد من الفقه الإسلامي عند تكليفه بوضع القانون المدني العراقي وغيره بعد ذلك . ومهما يكن الأمر فقد لجأ الشيخ إلى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي لبيان رقي الفقه الإسلامي ونضجه وتطوره وصلاحيته للاستمداد منه . ويتكئ الشيخ في إثبات قضية تأثير الفقه الإسلامي على منهج يقوم على الأوجه التالية :

1 – إثبات العلاقة التاريخية بين الفقه الإسلامي والمجتمعات الغربية : لا يمكن إثبات التأثير والتأثر بين أي نظامين قانونيين دون إثبات العلاقة التاريخية بينهما ، وقد كان هذا واضحًا في ذهن الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين وضوح الشمس مما يحسب له .

وهو لهذا يتجه إلى إثبات هذه العلاقة باعتبارها شرطًا عنده لإثبات التأثير ، ولهذا يقرر أن تطبيق الفقه الإسلامي في الأندلس كان هو المناسبة التاريخية لتعرف أوربا على أحكام هذا الفقه خاصة وأن الأندلس كانت منارة للعلم والمعرفة ، على حين كانت أوربا تعيش في جهالة عمياء . يقول في هذا الصدد : « في غياهب الجهل ومجاهل التوحش دخل الإسلام أوربا ، وحكم أهلها ، وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة هناك ..

كان مذهب مالك أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي (ت 193 هـ – 808 م) ، وهذا في حكم هشام بن عبد الرحمن (سنة 171 – 180 هـ) فلم تأت سنة مائتين هجرية حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي ، وساد المذهب المالكي في الحكم والقضاء » [1] .

وإذ يعول الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين على إثبات الصلة التاريخية هذا التعويل

(1) المقارنات التشريعية 18/1 .

فقد كان عليه أن يشير إلى الظروف التاريخية التي تمت فيها العلاقات الأوربية بالمجتمعات الإسلامية سواء في أثناء الحروب الصليبية أو في سياق العلاقات التجارية بين الشرق والغرب ، أو إبان الحكم العثماني لكثير من البلاد الأوربية وتطبيقه قوانين إسلامية في هذه البلاد مما أعطى الفرصة كاملة لتعرف المراقبين الأوربيين على مبادئ الفقه الإسلامي ومقارنة هذه المبادئ الراقية بما كانوا يطبقونه من قوانين ، والإفادة منها في ترقية هذه القوانين والتأثر بها ونقل بعض مصطلحات هذا الفقه . ويعترف يوسف شاخت باتساع الهوة بين المبادئ الراقية التي كان يطبقها العثمانيون في كثير من أجزاء أوربا آنذاك وبين القوانين السائدة في أوربا في نهايات العصور الوسطى .

2 - التشابه في النسبة الغالبة من المبادئ بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي ، مما يلزم عنه إثبات تأثير الأول في الثاني لتفسير هذا التشابه . ويرد وجهة النظر التي رددها أحد كبار رجال القانون في مصر دون أن يسميه (يبدو أنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري) والتي لا تعترف بالفقه الإسلامي مصدرًا من مصادر القانون الفرنسي ، يقول في ذلك : « أما ما ذُكِر من أصول مأخذ القانون الفرنسي مما تعرفه أنت ودرسته أنا فهو نتيجة إجماع سكوتي من أعداء التشريع الإسلامي ، يتناقله علماء القانون الوضعي جيلًا بعد جيل ، ولا يذكرون التشريع الإسلامي ، حتى كأنه ما كان موجودًا في الوجود »[(1)] .

وإذ يرفض هذا النظر فإنه يثبت وجهته في اعتبار الفقه الإسلامي أحد مصادر القانون الفرنسي بالإشارة إلى العديد من المبادئ التي يشتركان فيها من ذلك « أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب و القبول فقط ، وتنتقل الملكية للمشتري بذلك ، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل ، وأن البلوغ القانوني حده 18 سنة ، وأن من نتائج حكم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس ملزما برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله ، وإلا فلا رجوع عليه ؛ لأن من تعاقد معه سلطه على ماله فهو المفرط ، وأن موت أحد العاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظًا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل ، وأن أداء ما ليس بواجب يلزم من أخذ برد ما أخذ ... إلخ ، فماذا تقول ، وهذه قطرة من بحر ؟!

---

(1) المقارنات 18/1 .

كل هذا منقول من مذهب الإمام مالك ، وهو في القانون المدني الفرنسي ، فهل هذا مأخوذ من القانون الروماني ؟ كلا ؛ لأن حكم هذه الأشياء معروف في القانون الروماني ، وقد طارده وأماته التشريع الإسلامي في البلاد التي نشر ظله الوارف فيها [1] .

ولا شك في أن اجتماع الصلة التاريخية والتشابه في نسبة كبيرة من المبادئ التشريعية بين نظامين قانونيين مما يبرر استنتاج تأثر أحداثهما وجودا بأقدمهما تاريخيًا ، وهذا هو ما حاوله الشيخ سيد عبد الله ، وبنى عليه استنتاجه الذي أشرت إليه .

وعلى الرغم من التسليم بأن مجرد التشابه بين عدد محدود من المبادئ بين نظامين تشريعيين لا يستلزم التأثير بينهما فإن تفسير التشابه بالمصادفة مع قيام العلاقة التاريخية يبدو غير مألوف كذلك . ومن المحتمل مع هذا كله ألا يكون الشيخ سيد عبد الله علي حسين قد أتى بالحجج القاطعة في إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون المدني الفرنسي ، وحسبه أنه فتح بابًا كبيرًا للبحث والتعرف على الدور الإنساني الذي قدمه الفقه الإسلامي لترقية التفكير القانوني العالمي . وهو لا يكتفي بإثبات تأثير الفقه الإسلامي في القوانين الغربية بعامة وفي القانون المدني الفرنسي بخاصة ، وإنما يرتب على ذلك عددًا من النتائج ، من بينها :

1 - سمو التشريع الإسلامي « كتشريع ملأ طباق الأرض عدلًا وعلمًا ، وقد كان يحكم به في بلادهم الغربية مئات السنين ، يوم أن كانوا يتخبطون في ظلمات الجهالة » [2] .

2 - وجوب العمل على الأخذ بأحكام هذا التشريع ، وإحلال العمل به محل هذه الأحكام الوضعية المستمدة في حالة القانون المدني المصري من عشرين قانونا مدنيا غربيًا طبقًا لما ذكره الشيخ سيد عبد الله في مقدمة مقارناته . وهو يؤكد أن هذه التشريعات الوضعية التي فرضها الاحتلال الغربي لم تأت بجديد لا يعرفه المسلمون ، ولا بأفكار لم يسمعوا عنها ، ولا بقوانين أرقى للبشرية ، ولو كان هذا هو الحال لصح تبرير الأخذ بهذه القوانين ، ولكن الواقع يؤكد أن هذه التشريعات الوضعية لا تختلف عن التشريع الإسلامي إلا في صقل مبادئها وتنظيم تبويبها

---

(1) السابق 19/1 .

(2) المقارنات التشريعية 27/1 .

وتقديم عللها العقلية وأسسها المنطقية . إنه يسجل دهشته عند اكتشافه أثناء تقدمه في دراسته الحقوق في فرنسا أن النصوص القانونية هي نصوص الفقه الإسلامي ، بل والتعليل للأحكام عندهم هو التعليل في التشريع الإسلامي خصوصًا في مذهب الإمام مالك ﷺ (1) .

جَمْعه بين الثقافة الفقهية والقانونية :

يلفت النظر اتساع ثقافة الشيخ سيد عبد الله علي حسين على نحو كان له أثره في إقداره على الاضطلاع بعبء المقارنة بين المذهب المالكي والقانون المدني الفرنسي ، ذلك أنه درس العلوم الشرعية الأزهرية على اختلافها خمسة عشر عامًا كما تقدم ، ونال شهادة الأهلية على مذهب الإمام مالك ، والعالمية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، كما درس الحقوق الفرنسية بجامعة ليون بفرنسا ، واشتمل برنامج دراسته على دراسة القانون الروماني وتاريخه والقوانين الفرنسية وتاريخها ، ونال شهادة الليسانس من هذه الجامعة .

وقد استطاع بهذه الخبرة المتنوعة أن يترجم القانون المدني الفرنسي لنفسه وأن يقارن بين أصوله وقواعده بما يوافق ذلك أو يخالفه من مذهب الإمام مالك .

وقد كانت للشيخ قراءاته ومتابعاته إلى جانب ذلك مما يدل على وعيه بتاريخ تطبيق التشريع الإسلامي في البلاد العربية والإسلامية وبواقع تطبيق هذا التشريع في هذه البلاد كذلك . ويبدو هذا الوعي واضحًا في إشاراته إلى أحوال البلاد العربية التي كانت قد خرجت لتوها من سيطرة الاستعمار عليها كمصر وسوريا والعراق ولبنان ووجود فقهاء في هذه البلاد مجتهدين اجتهادا مطلقًا أو مقيدًا بمذهب من مذاهب المجتهدين السابقين ، وهم من الطراز الأول في فهم أصول التشريع الإسلامي (2) . وهذه الثقافة المتنوعة (الأزهرية والغربية) التي لم يحظ بها كثير غيره في عصره هي التي دفعته إلى الإحساس بأن انشغاله بتقديم هذه المقارنات واجب عليه وجوبًا عينيًا للتعريف « بموقف التشريع الإسلامي من القوانين الوضعية ، وكيف كان منهلًا عذبًا لكل وارد ، وكيف أنكروا فضله وسكتوا حتى

---

(1) المقارنات التشريعية 28/1 .

(2) السابق 23/1 .

عن ذكر اسمه »[1] . ولعل في هذه الإشارة إلى ثقافته المتنوعة ما يوضح لطلاب الفقه الإسلامي واجبهم في التزود بالثقافتين الفقهية والقانونية ، بما يمكنهم من معرفة الفقه الإسلامي ودراسته الدراسة الواجبة .

ثناء معاصريه وتقديرهم لكتابه في المقارنات :

يدل استقبال معاصري الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين لكتاب المقارنات التشريعية على الإحساس القوي بالحاجة إليه . وقد شارك في استقبال مجيء هذا الكتاب والتعبير عن الفرح به عدد من كبار علماء الأزهر الذين نثبت شهادتهم في نهاية هذا الكتاب دون تعليق من جانبنا .

وفي تقديرنا أن الفرح بصدور هذا الكتاب ناشئ من عدة اعتبارات ، أهمها :

1 - أهمية أسلوب الدراسة المقارنة في الوعي بأحكام الفقه الإسلامي ومبادئه في الحكم على مدى صلاحيتها في التطبيق المعاصر ، وتعريف المسلمين وغير المسلمين بها . وعلى الرغم من التسليم بأن مجهود الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين في الدراسة المقارنة لم يكن الأول فإن هذا المجهود كان ذا أثر عظيم في إرساء الاهتمام بمنهج الدراسة المقارنة ودعم الاتجاه إليه . يدل على ذلك ظهور العديد من الدارسات الفقهية المقارنة في العقود التالية لصدور كتاب المقارنات التشريعية على نحو كان له أثره في الاعتراف للفقه الإسلامي بمكانته اللائقة به بين النظم القانونية الراقية .

ويلاحظ الدكتور عبد الناصر العطار أن الاتجاه إلى الدراسة المقارنة قد بدأ في كليات الحقوق قبل أن تقدم عليه كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر . ويشير إلى عدد من رسائل الدكتوراة التي نوقشت بحقوق القاهرة بعد عام 1950 م ، مما قد يشير إلى نوع من التأثير الناشئ عن المقارنات التشريعية . من ذلك رسالة « نظرية تحمل التبعة (1950) وحوالة الدين في الشريعة الإسلامية والقانون المصري للدكتور عبد الودود يحيى (1957 م) ، والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي للدكتور سيد أمين (1965 م) ، وآثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور

(1) السابق 28/1 .

وهبة الزحيلي (1963) ، ونظرية السيادة في الفقه الدستوري الإسلامي ، دراسة مقارنة (1974) [1] .

2 - رد الاعتبار للفقه الإسلامي بعد إقصائه عن التطبيق في كثير من البلاد الإسلامية التي وقعت تحت الاحتلال الغربي ، وذلك بإثبات تفوقه وتأثيره في النظم القانونية الغربية ، واشتماله على كثير من المبادئ التشريعية الراقية التي تتفق مع مفاهيم القوانين الغربية . لقد هوجم الفقه الإسلامي بدعوى تخلفه وجموده وتوقفه عن التطور وعدم ملاءمة الكثير من مبادئه للحياة العصرية ، واشترط الكثيرون من المخلصين ضرورة تطويره وتحديثه بفتح باب الاجتهاد فيه قبل وضعه موضع التطبيق . لكن هذا الكتاب قد احتوى على البراهين القاطعة الدلالة في إثبات أن الغالب الأعم من مبادئ الفقه الإسلامي لم يفقد جدته وحيويته بعد . وليس هذا فحسب ، بل يمكن وضع هذه المبادئ موضع المقارنة مع المفاهيم القانونية العصرية للتشريع الفرنسي . ولقد صرح الكثيرون ممن عبروا عن سرورهم بصدور كتاب المقارنات التشريعية عن هذا المعنى .

3 - تبرئة ساحة العلماء من وصمة الصمت على استبعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق ، وعدم معارضتهم للاستمداد من القوانين الغربية الأصل . لقد رأى الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين أن بوسعه الاحتجاج على الخطأ في استمرار استبعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق بأسلوب علمي راق مستنير ، يقوم على الكشف عن المبادئ التشريعية التي عبر عنها المذهب المالكي ومقارنتها بما اشتمل عليه القانون المدني الفرنسي مع رصد عناصر الاتفاق والاختلاف بين الآراء والمبادئ التي أخذ بها كل من المذهب المالكي والقانون الفرنسي .

وإذا كانت مياه كثيرة قد تدفقت في مجرى النهر بعد صدور « المقارنات التشريعية » ، حيث بذلت جهود عديدة في مجال الدراسة المقارنة وتحقق رد اعتبار الفقه الإسلامي في الكثير من الدوائر ، فإنه مما لا شك فيه أن إبراز الجهود الرائدة ومعاودة النظر فيها ورصد مناهجها وتحليل نتائجها أمر على قدر كبير من الأهمية

---

(1) راجع تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي للدكتور عبد الناصر العطار ، مطبعة السعادة بالقاهرة 1979 .

في حفز الهمم والتهيؤ للمستقبل وكسب أنصار جدد للعمل على حل المشكلة القانونية « التي تعانيها البلاد الإسلامية بدرجات وأشكال مختلفة . وفي اعتقادنا أنه لا مجال لتحقيق التقدم في هذه البلاد إلا بحل هذه المشكلة القانونية » حلا يرعى المصالح ، ويفسح المجال للاجتهاد الشجاع ، ويتسم بالاعتدال ، ويوفر الاستقرار الفقهي والقضائي والقانوني ، ويطاوع التطور الاجتماعي والاقتصادي والزماني والمكاني ، ويربط الحاضر والمستقبل بالماضي في الفقه والقضاء والتشريع ، ولا يبتر ذاكرتنا القانونية والفقهية والقضائية ، أو يتنكر لها ، أو يضحي بها بحثًا في ذواكر أمم أخرى ، وعقول غير عقول أمتنا ، وممالك ليست ممالكنا . ومن الجلي الواضح أنه لا يمكن حل هذه « المشكلة القانونية » في غيبة الفقه الإسلامي ودراسته الدراسة الواعية والمقارنة .

المؤلف والشيخ مخلوف المنياوي :

بدأ الشيخ مخلوف المنياوي منهج الدراسة المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي في عهد الخديوي إسماعيل الذي كلف رفاعة الطهطاوي بترجمة هذا القانون ، وكلف الشيخ مخلوف بالتعليق على هذا القانون ومراجعته من وجهة الفقه المالكي لمعرفة أوجه الشبه والاتفاق بين الفقه المالكي وهذا القانون . وقد عاد الشيخ سيد عبد اللّٰه علي حسين إلى هذه المراجعة ذاتها ، ولكن بأسلوب مختلف الملامح بعد ما يقرب من سبعين عامًا وفي ظروف مختلفة ، مما يستدعي المقارنة بين أسلوبي الرجلين بغية الاقتراب من منهجيهما وتأكيد قصد كليهما من عمله .

وأول ما يتبادر للذهن هو هذه المفارقات الشكلية التي نرصدها في الأمور الثلاثة التالية :

أولًا – يعتمد الشيخ مخلوف في مقارناته على إفراد بند القانون المدني الفرنسي أو مادته ليحكم عليها من وجهة الفقه المالكي ، وتأكيد اتفاق أحكام البند الذي يعرض له عن طريق ذكر نصوص المذهب المالكي من كتبه المعتمدة كشرح الدسوقي ، والموطأ ، ومواهب الجليل وغيرها . وبهذا فإن أسلوب الشيخ مخلوف أسلوب نصّي يقوم على ذكر نصوص القانون الفرنسي ونظائرها من كتب المذهب المالكي . أما الشيخ سيد عبد اللّٰه علي حسين فإن منهجه يقوم على تناول

الموضوعات القانونية بترتيبها الوارد في القانون المدني الفرنسي مع إلحاقها بما يقابلها من المذهب المالكي ، بحكاية الآراء المتضمنة في كتب هذا المذهب ، دون أن يعني نفسه بإيراد النصوص . إن البند أو المادة القانونية محور عمل الشيخ مخلوف ، على حين أن الفصل بما يضمه من عدد من المواد أو البنود هو محور عمل الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين ، وقد استطاع الشيخ مخلوف نقل نصوص المذهب المالكي الموافقة لما في البند ؛ لأن المحور الذي يعتمده أساسا للمقارنة أضيق من المحور الذي تبناه الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين . إن أسلوب الشيخ مخلوف أقرب للاعتماد على النص على حين أن أسلوب الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين أقرب إلى أسلوب التأليف القانوني والفقهي المعروف .

ثانيًا – يركز الشيخ مخلوف على الْـمَشَابِه باعتماد منهج الأشباه والنظائر ، أما الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين فإنه يتطلع لتحديد المشابه باعتماد المنهج المذكور ذاته مع إضافة أوجه الخلاف بالاعتماد على منهج « الفروق » المعروف بين مناهج الدراسة في الفقه الإسلامي .

ثالثًا – لا يخطئ الناظر إلى « مقارنات » الشيخ مخلوف هذا الهدوء وهذه الرصانة التي تنعكس في تقديره لبعض أوجه الضبط والعدالة المتضمنة في القانون المدني الفرنسي . وهو لا يعني نفسه بالإشارة إلى مضارعة الأحكام الفقهية أو تفوقها أو تأثيرها في القانون المدني الفرنسي ، وإنما يكتفي بلمح أوجه التشابه بنوع من « الحياد البالغ الوقار والهدوء » الذي لا أثر فيه لانفعال أو دفاع أو هجوم . أما الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين فهو في قلب معركة يديرها بأعصابه وروحه وعقله مما نراه بوضوح في خطاباته لملك مصر وعلماء الأزهر وبعض الشخصيات العامة التي يحاول فيها جمع الأنصار وخلق وعي عام للمطالبة بتأييد الاستمداد من الفقه الإسلامي ، والرجوع إلى مبادئه بدلًا من النقل عن « عدة تشاريع وضعية » ، كما يقول في حواره مع السنهوري فيما يبدو . إنه يقيم مقارناته قصدًا إلى إقناع الأمة والعلماء والمسئولين بمشروعه ، وضمهم إلى صفِّه ، وحفزهم على تغيير مواقفهم . ويكمن الفرق بين أسلوبي الرجلين في أن الأول كتب كتابه والفقه الإسلامي في مكانه من السيادة والتطبيق في البلاد ؛ ولذا اتبع هذا الأسلوب الهادئ الرصين الذي لا يشي بالتوتر أو الانفعال ، على حين كتب الآخر مقارناته

بعد ابتعاد الفقه الإسلامي عن التطبيق في غير دوائر الأحوال الشخصية . ولهذا يكتب الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين ما يكتب وعنده قضية تضغط على أعصابه ، وتؤثر في وجدانه ، وتثقل روحه . وهذا ما بدا في أحوال كثيرة وخاصة في اندفاعه إلى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون الفرنسي بالاعتماد على الصلة التاريخية المتمثلة في الوجود الإسلامي في الأندلس وعلى مجرد التشابه ، دون أن يتبع ذلك بالتحليل القانوني اللازم لإثبات هذه القضية الكبيرة .

التعريف بمصادره الفقهية والقانونية :

اعتمد الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين على عدد من المصادر القانونية والفقهية التي أثبتها في ملحق خاص ، والتي نعرِّف بها فيما يلي :

- مختصر أصول القانون المدني للأستاذ رينيه فوانيه (الطبعة الحادية عشرة 1922 م ، طبعة باريس) .

- المجموعة الصغيرة لدالوز ، لمسيو هنري بوردو طبعة باريس 1922 م . وهذان هما المرجعان القانونيان الوحيدان اللذان اعتمد عليهما في مقارناته لضبط أحكام القانون المدني الفرنسي . ويلفت النظر تاريخ طباعة الكتابين وأنه يعود إلى سنة واحدة هي سنة 1922 م ، وهي السنة التالية للعام الذي سافر فيه إلى ليون بفرنسا لدراسة القوانين الفرنسية . ومن المحتمل أن يكون هذان الكتابان من الكتب التي درسها دراسة رسمية في السنوات الأربع التي أمضاها هناك . وللمرء أن يتساءل عن سر اقتصاره على هذين الكتابين وعدم تنوع مصادره .

أما كتب الفقه التي أثبت اعتماده عليها فهي قليلة كذلك ، وعددها سبعة كتب ، من بينها كتابان في السياسة الشرعية ، أولهما : كتاب السياسة الشرعية للشيخ عبد الوهاب خلاف المطبوع سنة 1350 هـ ، والثاني : كتاب تقريب السياسة الشرعية للسيد عبد اللّه جمال الدين المطبوع في القاهرة سنة 1318 هـ .

أما الكتب الفقهية الأخرى فهي خمسة كتب معروفة ومشهورة في المذهب المالكي ، وهي :

1 - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ، أبي عبد اللّه محمد بن

محمد بن عبد الرحمن ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر 1329 هـ

2 - شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبعة القاهرة ، محمد أفندي مصطفى 1307 هـ .

3 - حاشية الرهوني (محمد بن أحمد بن يوسف) على شرح الزرقاني على مختصر خليل (الطبعة الأولى ببولاق القاهرة 1306 هـ .

4 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، وبهامشه الشرح المذكور (الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية للخشاب 1324 هـ) .

5 - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم ، مطبعة السعادة بالقاهرة 1923 هـ .

منهج التحقيق :

اعتمدنا في تحقيق هذا الكتاب على النسخة المطبوعة التي رغبنا في إعادة نشرها بعد أن مر وقت طويل منذ صدرت طبعتها الأولى ، في محاولة لكسر حاجز الصمت حول هذا العمل ، ولتيسير اطلاع طلاب الفقه الإسلامي ودارسي القانون عليه حتى يعم النفع به ، ويتحقق بعض الهدف الذي أراده مؤلفه منه .

وإدراكا منا لأهمية هذا الكتاب ورغبة في تحقيق الانتفاع به فقد اتبعنا في تحقيقه ما هو واجب في تحقيق الدراسات العلمية ، وذلك على النحو التالي :

1 - تصويب الأخطاء التي لم تكن قليلة في النسخة المطبوعة على نحو كان له أثره في تيسير إدراك القارئ للمعنى الذي قصده المؤلف .

2 - عزو الآيات القرآنية ببيان رقمها وسورتها .

3 - تخريج الأحاديث النبوية .

4 - التعريف بالأئمة والعلماء الذين ورد ذكرهم في الكتاب بما يساعد على فهم الإشارات والآراء المذكورة .

5 - توثيق الآراء الفقهية التي يذكرها المؤلف بذكر اسم الكتاب ورقم الجزء والصفحة ، مما عساه أن يساعد القارئ على الرجوع إلى ما أشار إليه المؤلف من

آراء للتثبت منها أو فهمها في سياقها الذي وردت فيه .

6 - الإشارة إلى المقابلات القانونية للمبادئ الموضوعة للدراسة في القانون المدني المصري وبعض القوانين المدنية العربية قصدًا إلى بيان حيثيات ما كتبه المؤلف ، وحثًّا على الدراسة المقارنة ، وتعميقًا للوعي بها .

وفي اعتقادنا أن إعادة نشر هذا الكتاب محققًا على هذا النحو أمر ضروري لحفز الهمم وشحذها على الخروج من دوائر التكرار والإعادة ، والحماس الزائف الذي لا يتجاوز الحناجر ، ودعوة إلى إعادة النظر في مناهج الدراسة الفقهية ، والوعي بجذورها لتأكيد أهمية الدراسة المقارنة .

لقد عاش الشيخ سيد عبد اللّه علي حسين حياته مكبًّا على الدراسة الفقهية والقانونية وعاشقًا لها ، ونأمل أن يكون إخراجنا لهذا الكتاب بصورته الجديدة وصلًا لجهود هذا العاشق وترسمًا لطريقه واعترافًا بريادته فيه .

واللّه من وراء القصد

(الخطابات التي صدَّر بها المؤلف كتابه)

[1] صورة ما رُفِعَ إلى السراي الملكية

في يوم 1946/2/13

مولاي : إن رُقي الأمم وعُلوّ شأنها نتيجة لتقدُّمها في العلوم والمعارف في شتى طرق الحياة البشرية . وإن أوجب ما تُعْنىَ به الشعوب هو ما يحفظ حقوق الفرد والجماعة وينظِّم تدافع الناس في معترك الحياة ، وخير حارس على هذه الحقوق هو القانون ، وأفضل القوانين ما نزل من رب العالمين على خير نبي أُرْسِل رحمة للعالمين ، صلى اللّه عليه وعلى آله وأصحابه أجمعين .

مولاي : ترك لنا مُتَشَرِّعو الإسلام ما يُعَدُّ فخرًا مدى الدهر من قواعد الحكم وأصول التشريع ؛ فأخذه عنهم علماء القوانين الوضعية ، ولا زالوا ينهلون منه كلَّما تشعَّبت أمامهم مشاكل الحياة ، ثم يردونه إلى الأمم المغلوبة على أمرها المبتلاة بتشريع أجنبي على أنه من عملهم وتفكيرهم ، واللّه يعلم أنها قواعد الإسلام ومذاهب المجتهدين، ثم أجمعوا إجماعًا سكوتيًّا على عدم ذِكْر هذا التشريع السماوي شفاء لِغلٍّ في الصدور .

لست ألقي القول جزافًا فقد دَرَسْتُ التشريع الإسلامي ، وكنت من علماء الأزهر الشريف ، ثم دَرَسْتُ القوانين الوضعية بجامعات أوربا فوجدت دَيْنًا في عنقي لِديني أن أُبيِّن للناس كافة وللمسلمين خاصة مأخذ التشريع الوضعي من التشريع الإسلامي ؛ فوضعت مُؤَلَّفي هذا بعد بحوث شاقة ؛ سبع سنين ترجمت فيها فقه القانون الفرنسي وبعض القانون الروماني ، ثم قابلته بالنصوص الشرعية خصوصًا على مذهب الإمام مالك بن أنس الأصبحي [1] رضي الله عنه .

---

(1) مالك إمام دار الهجرة : أبو عبد اللّه مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان ابن خُثَيْل بن عمرو بن الحارث . كان أبوه من كبار علماء التابعين . مولد مالك على الأصح في سنة ثلاث وتسعين عام موت أنس خادم رسول اللّه ﷺ . نشأ في صونٍ ورفاهية ، وطلب العلم وهو حدثٌ فأخذ عن نافع ، وابن المنكدر ، والزهري ، وعبد اللّه بن دينار وخلق كثير ، وممن حدث عنه من شيوخه : يحيى بن أبي كثير ، والزهري ، ويحيى بن سعيد . قال عنه ابن عيينة : مالك عالم أهل الحجاز وحجة زمانه ، وقال الشافعي : « إذا ذُكر العلماء فمالك النجم » له مؤلفات منها الموطأ ... =

مولاي : ظننت نفسي سابقًا في عمل هذه المقارنات الكاملة بعد جهد - يعلم الله - كان متعتي في الحياة الدنيا . ولكنني عثرت على كراسات من مُؤَلَّف خطِّيٍّ محفوظ بدار الكتب الملكية المصرية قسم المخطوطات عنوانه : « تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك » (1) جاء في مقدمته : « إن فضيلة الشيخ مخلوف بن محمد القاضي (2) بمنية ابن خصيب جمعها برغبة وَلِيِّ النعم أبي الفداء (3) أدام الله على العباد ظل عدله » . ولولا توالي الأحداث التي حدثت بمصر وقتذاك لكان هذا المؤلَّف ذخيرة عظيمة وأثرًا خالدًا ، ولكنه تَبَدَّد ، ولم تتحقق رغبة جدكم عليه رحمة الله .

= وقد عاش مالك تسعا وثمانين سنة ، ومات صبيحة أربع عشرة من ربيع الأول سنة تسع وسبعين ومائة . انظر : سير أعلام النبلاء 382/7 إلى 437 .

(1) تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس ، وهو مخطوط تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس لمؤلفه محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي الشهير بمخلوف المنياوي (1277 - 1135 هـ) وهو يقع في جزأين ، وقد تعاون في نشره مركز الدراسات الفقهية ومكتبة دار السلام بالقاهرة عام 1999 م .

(2) مخلوف بن محمد الشهير بمخلوف المنياوي . عين قاضيًا للمنيا في جمهورية مصر العربية في عهد الخديوي إسماعيل ، ومن أهم مؤلفاته « تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك بن أنس » ولد سنة 1135 هـ ، وتوفي سنة 1277 هـ . انظر : المقارنات التشريعية بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك .

(3) أبو الفداء : هو الخديوي إسماعيل بن إبراهيم بن محمد بن علي وهو ثاني أنجال إبراهيم باشا من والدة غير والدة أخويه الأميرين أحمد رفعت ومصطفى فاضل ، ولد في 31 ديسمبر 1830 م في قصر المسافر خانة بالقاهرة بالجمالية . عني أبوه بتربيته فتعلم مبادئ العلوم ، واللغات العربية ، والتركية ، والفارسية ، وقليلًا من الرياضيات ، والطبيعيات ، وأرسله أبوه إلى فيينا عاصمة النمسا وهو ابن أربعة عشرة سنة ليستكمل تعليمه ، وقضى بها عامين ، وانتقل إلى باريس ، ونال حظا من العلوم الهندسية والرياضيات والطبيعة ، وتمرن على بعض المناصب في الدولة ، ولما أدركت سعيدا الوفاة خلفه على عرش مصر في 18 يناير 1863 م .

اهتم بالسياسة الخارجية لمصر ، فحرر مصر من قيود السيادة التركية ، وتودد إلى السلطان عبد العزيز الذي زار مصر سنة 1863 م ، وغير نظام توارث العرش . سعى إلى تحصيل لقب الخديوي وكان دائم الركون للدول الأوربية وحسن الظن بها . سعى لتحقيق شروط الامتياز ، افتتح قناة السويس ، وباع أسهم مصر فيها للإنجليز بثمن بخس . فتح السودان ، وكان لمصر سلطان على بعض البلدان مثل الصومال ، وأنشأ عددا من المدارس ، وخاضت مصر في عهده عدة حروب . وأصدر السلطان بناء على قرار مجلس الوزراء قرارًا بخلع إسماعيل وتنصيب توفيق باشا خديوي لمصر ، وكان ذلك باتفاق بين إنجلترا وفرنسا وألمانيا ، وتوفي في الأستانة يوم 2 مارس سنة 1895 م ، وله من العمر 65 سنة ، ونقل جثمانه إلى القاهرة ، ودفن بمسجد الرفاعي بالقاهرة . انظر : القاموس السياسي .

وإنه وإن لم يُرِد الله ﷻ ظهور تلك المقارنات في عهد جدكم العظيم فإنه قد أراد يا مولاي إظهارها في ظل مقامكم السامي وفي عهدكم الزاهر .

مولاي : إن العلماء مسئولون بين يدي الله عن إبداء ما يعلمون عن دينهم دفعًا وإظهارًا لحقيقة تشريعهم المُنَزَّل من عند الله . وإنهم يخرجون عن عُهْدَة التقصير متى بَلَّغُوا ما أُمِرُوا بتبليغه ، وإنني بهذا أديت واجبي والله على ما أقول شهيد .

ولما كان مولاي عقل مصر اليقظة ، وتاجها الذي تعتز به وتفتديه بمهجها وأرواحها ، وكان نعم المليك المسلم الصالح العامل بالكتاب والسنة في خير أمة مسلمة ؛ أحببت أن أقدم كتابي هذا ليكون للحق عنوانًا ، وللمشرعين نبراسًا وتبيانًا سائلًا الله العلي القدير أن يوفق الراعي والرعية لاتباع الشرع الإسلامي في قوانين الدولة المصرية الإسلامية إنه نعم المولى ونعم المجيب .

جعل الله عَهْدَه غُرَّةً في جبين الدهر ، وحفظ ذاته ذخرًا لمصر والمسلمين آمين .

الفقير إلى الله

سيد عبد الله

[2] صورة ما رُفِع لمشيخة الإسلام في القاهرة يوم 1946/9/21م

بسم الله الرحمن الرحيم

من الفقير إلى مولاه سيد بن عبد الله بن علي بن حسين (1)

إلى حضرة مولانا الأستاذ الأكبر شيخ الجامع الأزهر والمعاهد الدينية بالقطر المصري فضيلة الشيخ مصطفي (2) عبد الرازق حفظه اللّه .

السلام على مولانا ورحمة اللّه وبركاته ، وبعد ...

فإنه من نعمة اللّه تعالى عليكم أن جعلكم في هذا المقام الأسمى ، ومن نعمة اللّه على المسلمين والإسلام في مصر والمعمورة أن جعلكم مسئولين عن حقوقهما ، ومثل مولانا من يُقَدِّر المسئولية أمام اللّه وأمام المسلمين .

مولانا : إن مسئوليات الرئاسة الدينية خطيرة بقدر خطر مركزها ، ومن أهمها ما يأتي :

أولًا – تعليم الدين الإسلامي في مصر : هذه مسألة عظيمة الأثر في أبناء المسلمين ، وهي تكاد تكون معدومة في مدارس الحكومة ؛ لأنها اختيارية ، والتوجيه إلى رُوح الإسلام لا وجود له ؛ فيخرج التلميذ من الصفوف الأَولية بمعرفة على الهامش تذهب مع الريح . وليس في التعليم الثانوي ولا في التعليم العالي

---

(1) طبع بمجلة الأزهر عدد صفر سنة 1366 هـ مجلد 8 .

(2) الشيخ مصطفى عبد الرازق (1302 – 1366 هـ / 1885 – 1947 م) مصطفى بن حسن بن أحمد بن عبد الرازق أديب . ولد في أبي جرج من قرى المنيا بمصر ، وأبوه حسن باشا عبد الرازق ، وجدوده قضاة ولاية البهنسا ويعرف بيتهم ببيت القضاة .

تخرج بالأزهر ونال درجة العالمية سنة 1908 م ، سافر إلى باريس سنة 1909 م ، فتعلم الفرنسية وحضر دروس دور كهايم في علم الإجتماع ودروسًا في الآداب وتاريخها ، وفي سنة 1911 م تحول إلى مدينة ليون ليشتغل مع إدوارد لامبير في دراسة أصول الشريعة الإسلامية ، وحضر في جامعة ليون دروس جويلو في تاريخ الفلسفة ودروسًا في تاريخ الأدب الفرنسي . اختير عضوًا مراسلًا في المجمع العلمي بدمشق ، تولى وزارة الأوقاف سبع مرات عن حزبه حزب الأحرار الدستوريين . وأسندت إليه مشيخة الأزهر بعد وفاة المراغي . من مؤلفاته : فصول في الأدب ، وتمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ، والدين والوحي والنبوة ، وغيرهم . معجم المؤلفين 680/3 ، 681 .

ديانة ، أما في المدارس الأجنبية فيعلم مولانا أنها فُتِحَت لمحاربة الإسلام والمسلمين في عقر دارهما ، فمنها من يصطاد التلاميذ من المسلمين والمسلمات فيلقِّنونهم مبادئ النصرانية ، وأظن حوادث التنصير في مدارس الإرساليات معلوم أمرها .

فإن تورَّعت بعض المدارس عن تعليم المسيحية لأبناء المسلمين فهي حريصة على إبعادهم عن تَعَلُّم دينهم الإسلامي فيخرجون لا دينيين . فيرى مولانا أن أبناء الأمة الإسلامية قسمان : طلبة المعاهد الدينية وهم - والحمد لله - يتعلمون دينهم ، ويقيمون شعائره صغارًا وكبارًا ، وهم الذين نُكِبُوا في تولِّي الوظائف العامة في الأمة ، وطلبة المدارس المصرية في جميع درجاتها وطلبة مدارس الإرساليات أو البعثات الأجنبية لا يعرفون عن الدين إلا اسمه . وهم - بلا شك - الكثرة في الأمة ، وهم الذين يتولون معظم مصالح الأمة . وأظن عدم تمسُّك بعضهم بدينهم بل والعمل على هدمه عامدين أو غير عامدين لا يحتاج إلى دليل غير المشاهدة ولمس هذه الحقائق .

لهذا كان يا مولانا تعليم الأمة دينها ، وبعْث الروح الإسلامية فيها من المهد إلى اللحد من أخص لوازم مركز الرِّئاسة الدينية والإشراف عليه إشرافًا فعليًّا مما يحقق الرسالة التي يجب أن يقوم بها علماء الدين ، وإن الله لسائلهم عن ذلك (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) [(1)] .

ثانيًا - الدعوة للتوحيد وتبليغ الرسالة الإسلامية : لقد ذهب الزمن الماضي بمآسيه وتقصيراته وما نسج عليه من خنوع واستكانة فلم يتحقق قول الله ﷻ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغۡ مَآ أُنزِلَ إِلَيۡكَ مِن رَّبِّكَۖ وَإِن لَّمۡ تَفۡعَلۡ فَمَا بَلَّغۡتَ رِسَالَتَهُۥ ﴾ [(2)] .

والآن وقد تعددت سُبُل السفر برًّا وبحرًا وجوًّا وانتشرت الطمأنينة في جميع البقاع فقد وجبت الدعوة لله خصوصًا بين قوم لم تصلهم دعوة الرسول ، بل حتى بين المسيحيين . فقد أنارت العلوم مداركهم ، وتهيأت عقولهم لاستماع دعوة الحق ومناقشة الدليل عليها . وإذا كان باطل القوم يسعون جهد الطاقة في نشره فأَوْلَى

(1) أخرجه البخاري كتاب (العتق) رقم (2371) ومسلم كتاب (الإمارة) رقم (3048) وسنن الترمذي كتاب (الجهاد) رقم (1627) وسنن أبي داود كتاب (الخراج والإمارة والفيء) رقم (2539) .

(2) سورة المائدة الآية رقم 67 .

أن ننشر حَقَّنا بالإقناع والدليل . وليس الأزهر والمعاهد الدينية بمصر لمصر ، وإنما هي للجميع في كافة بقاع الأرض ﴿ وَأُوحِىَ إِلَىَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَ ...﴾ (1) . فهل لمولانا أن يهيئ البعوث ويختار الرجال ، فيرسل رسل الحق والنور في مشارق الأرض ومغاربها ، فيبددون ظلمات الجهالة ، ويردون القوم عن الشرك بالله .تالله إنكم لقادرون ، وإن شاء الله لفاعلون .

ثالثًا – التشريع في مصر : يعلم فضيلة مولانا أن تشريعنا المدني والجنائي قد فُرِضَ علينا فرضًا . فهو غريب عن ديارنا دمًا ولحمًا . فقد أوجدت المحاكم المختلطة في عهد إسماعيل باشًا والي مصر في أول يناير سنة 1876 م ، ثم لا زالت تقضي في بلادنا بقوانينها المعروفة حتى تحدد بقاؤها بمعاهد مونترو .

وأُنْشِئَت المحاكم الأهلية بأمر عال من الخديوي توفيق باشًا (2) 1883/6/14 في الوجه البحري ، ثم عُمِّمَت في الوجه القبلي سنة 1889 ، وسارت أحكامها بما وُضِعَ لها من القوانين الأجنبية للآن .

وكان الحكم قبل هذه وتلك للتشريع الإسلامي ، ولكن لعدة أسباب مَحَلِّية ، وزمنية ، واحتلالية أُفْسِدَت أداة الحكم ليحل محل التشريع الإسلامي هذه التشريعات الوضعية التي سداها ولحمتها قوانين فرنسا . ولقد استدار الزمن ، وأفاق المسلمون من نومهم العميق ، وأخذوا يطرحون عنهم الركود والخمول ، وضربوا في نواحي العلوم بسهم وافر . عَرفوا من حقهم -كدولة إسلامية مستقلة – أن يكون تشريعها مستمدًّا من أصول دينها الإسلامي الذي أسس العدل ، ورفع الظلم ، وأَمَّنَ الخائف ، وساوى بين الناس جميعها لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ (3) .

---

(1) سورة الأنعام الآية رقم 19 .

(2) الخديوي توفيق : هو ثاني خديوي لمصر : وهو محمد توفيق بن إسماعيل ، ولد بالقاهرة عام 1852 ، تولى وزارة الداخلية عام 1871 ، كما تولى رئاسة المجلس المخصوص ومجلس النظار بعد ذلك ، خلف أباه بعد إقالته عام 1879 ، وظلت مدة حكمه 13 عاما ، نشبت خلالها الثورة العرابية . توفي سنة 1892 ، وخلفه ابنه عباس الثاني . القاموس السياسي لأحمد عطية الله ص 479 .

(3) سورة الحجرات الآية رقم 13 .

مولاي : يَتَقَوَّلِ الناس على مشايخنا آنذاك أنهم لم يسايروا الزمن في وضع القانون المدني من التشريع الإسلامي . وهي فِرْيَةٌ شاعت . والله يعلم من ابتدعها ؛ لأن علماء الإسلام كانوا مغلوبين على أمرهم . فكانت خُطَّة الاحتلال التشريعي مدبرة ، ولا محيص عن سلوكها إرضاءً للأجانب ؛ فتم ذلك . والآن والأمة المصرية تطلب فك أغلالها لتملك زمام أمرها في تشريعها ؛ كما تطلب الاستقلال من جميع نواحيه . والآن وقد تخلصنا من المحاكم المختلطة ومن التحكم في مقدراتنا ؛ يجب أن نتخلص من هذه التشريعات الوضعية الدخيلة علينا .. في هذا الوقت أيها السيد الجليل يقوم من المصريين المسلمين من يضع قانونًا مدنيًّا يطلب العمل به في ديارنا تثبيتًا لهذا العار الأبدي الذي يجب أن يُمْحَى ، وكما يزول الاحتلال المادي يزول الاحتلال التشريعي .

كاد الأمر يُفْلِت ، ولم يبق على وجود هذا القانون بصفة رسمية إلا مروره على مجلس الشيوخ . وبعد مرور بضع سنين يقول المُتَخَرِّصُون هذا تقصير علماء الدين حيث لم يحركوا ساكنا !! . لهذا أهيب بعلماء الدين ، وبكل مسلم ومسلمة ، وعلى رأس الجميع رئاسة المعاهد العلمية الدينية فهي التي تملك التدخل رسميًّا لسحب هذا القانون رسميًّا بواسطة الحكومة لعرضه على جمعية من العلماء المتخصصين في مادة الفقه وأصول الدين الإسلامي ؛ وهم - والحمد لله - على ذلك قديرون .

يا صاحب الفضيلة : إن هؤلاء المُتَشَرِّعين الوضعيينّ لا يعرفون عن الدين [(1)] الإسلامي إلا أنه دين عبادة لا يصلح للزمان ولا للمكان . وهي نتيجة حتمية لجهلهم فمن جهل شيئًا عاداه . فأظهروا الإسلام في ثوبه الحقيقي حتى يتعلم الجهلاء ، ويتذكر العلماء ، ويكون للأمة الإسلامية أصول للتشريع تستمدها من دينها القويم وعقيدتها الصحيحة بهذا يا مولاي تردون للأمة كرامتها . وتحيون فيها دينها وعزها الذي شرفها الله ﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ... ﴾ .

ومن الخزي والعار على الإسلام والمسلمين أن يكون في المادة الثانية من القانون

(1) في الأصل : [التشريع] والصحيح ما أثبتناه .

المدني المعروض الآن ما يأتي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين .. إلخ) فلا يتفق هذا وديننا الرسمي الإسلام .

يا صاحب الفضيلة لقد أتممتُ ترجمة الفقه الفرنسي ، وقارنته كله بالتشريع الإسلامي على مذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ ، وسأقدمه للطبع قريبًا ، وإني أضعه تحت تصرف رجال التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي ، وستعلمون إلى أي حد أخذت أصول التشريع الإسلامي بل وأحكامه الفرعية في بناء التشريع الوضعي ، وليس هذا ادعاء بل دليل بين يدي .

إني بهذا قد أديت واجبي كمسلم من علماء الأزهر درس القوانين الوضعية فوضع كتابه هذا ليشهد العالم على زيف ما يدعي الوضعيون من أن فقه الإسلام قد قُضِي عليه ، ويحتاج لدراسات أخرى ، وما أكثر ما يدعون ، ولكن يأبى اللّه إلا أن يتم نوره ولو كره هؤلاء ومن والاهم . اللّهم إني قد بلغت من يمكنه أن ينفذ . اللّهم إني بلغت فاشهد ، وأنت خير الشاهدين .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

سيد عبد اللّه

[مقدمة المؤلف]

بسم اللّه . وبه أستعين . والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد : فلما أتممت كتابي « المقارنات في التشريعات المدنية السماوية والوضعية » رأيت من الواجب أن أذكر بعض مقدمات تاريخية تبينٌ ما نحن عليه من التشريع المدني في الديار المصرية وأصل ذلك ، وما يُدافع عنه أبناء مدرسة القانون الوضعي من اعتقاد في صحة هذه القوانين وبعدها عن التشريع الإسلامي الذي أصبح لا يصلح للزمان والمكان في نظرهم ، وما يجب على المسلمين في جميع بقاع الأرض ، وما يجب على رجال التشريع في البلاد التي ابْتُلِيَت بالاحتلال الأجنبي . عسى أن يوفقني اللّه لتشخيص الداء العضال ووصف الدواء الناجع .

فإن رأى أهل القانون وأهل العلم أني أصبت فأحمد اللّه لي ولهم ، وإن لم يَرُق في نظرهم فإني أعتقد أني أديت واجبي لله خالصًا ، وأديت الدعوة لأتباع تشريع محمد خير نبي أُرْسِل رحمة للعالمين .

أولًا – ما نحن عليه من التشريع المدني في الديار المصرية وأصل ذلك : القضاء في مصر كان يرجع في قواعده إلى التشريع الإسلامي من حيث تشكيله وأحكامه إلى سنة 1856 ، ولكن منذ هذه السنة رأت الحكومة المصرية في عهد سعيد [1] باشا إنشاء محاكم سميت (مجالس قضائية محلية) ، وكانت تحكم بمقتضى القانون

(1) الخديوي سعيد هو أكبر أنجال محمد علي تولى عرش مصر في شوال 1270 هـ ، يولية سنة 1854 م ، وهو الابن الأكبر لمحمد علي ، ولد 1822 ونشأ في حجر أبيه ، وكان أبوه يعتني بتربيته وتثقيفه ، واختار له السلك البحري فدربه على فنون البحرية ، وكانت أخلاقه طيبة ، وكان شجاعًا يميل إلى الخير ، وينفر من الظلم ، وكان ضعيف الإرادة عنده ثقة بالأجانب ، وكانت نقطة ضعفه إسرافه والتجاؤه إلى الاستدانة ، من أهم إصلاحاته إصدار اللائحة السعدية التي جعلت للفلاح حق تملك الأرض ومن أهم إنجازاته : تخفيف الضرائب وسن لائحة معاشات والموظفين والمتقاعدين وأجرى تطهير ترعة المحمودية ، وإتمام الخط الحديدي بين القاهرة والإسكندرية ، وتقصير مدة الخدمة العسكرية ، وجعلها في الوقت نفسه إجبارية للجميع وتعميمها على اختلاف الطبقات ، وإحياء البحرية المصرية ، وإنشاء شركة الملاحة النيلية ، وشركة الملاحة المجيدية . وفي عهده بدأ عهد القروض الأجنبية ، وعقد أول قرض سنة 1862 . وتوفي في 18 يناير سنة 1862 ، 27 رجب سنة 1279 ، وله من العمر 42 سنة . وكانت مدة حكمه ثماني سنوات وعدة شهور . (انظر : عصر =

الهمايوني ، ثم تشعَّب القضاء في مصر نتيجة معاهدات . وبحكم العادة وتَسَاهُل الحكومة المصرية - التي كانت تتبع الباب العالي - فكان القناصل يحكمون بين رعاياهم الحائزين للحماية ، وبمر الزمن تأيد هذا التوسع وأصبح قانونا بموجب اللائحة السعيدية [1] المعروفة بلائحة البوليس السعيدية الصادرة في 15 أغسطس سنة 1857 .

فلما تولى إسماعيل باشا سنة 1863 وجه عنايته إلى مداواة هذه الفوضى وكلف وزير خارجيته نوبار باشا [2] للسعي في إيجاد المحاكم المختلطة [3] ، وفي أول يناير سنة 1876 افتتحت بعد حصول الوزير على رضاء 15 دولة . وكان وجودها لمدة خمس سنين على سبيل التجربة ، وقانونها ونظام القضاء فيها مأخوذ عن القانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي ، وواضعه ميسو مونوري

= إسماعيل لعبد الرحمن الرافعي 23/2 : 66) .

(1) اللائحة السعيدية : صدرت هذه اللائحة في عهد سعيد في 15 أغسطس سنة 1858 م ، 24 ذي الحجة سنة 1274 هـ ، وجاءت في ثماني وعشرين بندًا وخاتمة ، وأهم ما جاء بها أنها أعطت حق توريث الأرض لأبناء الفلاحين المتوفين ، وأنها اعترفت بحق الوراثة لأبناء الفلاح المتوفى ذكورًا كانوا أو إناثًا حسب أحكام الشريعة الإسلامية ، كما اعتبرت أراضي الأوسية أراضي خراجية تؤول للدولة في حالة عدم وجود ذرية لصاحبها عند وفاته . وكان إصدارها الأول في سنة 1854 ، ثم تلاه الإصدار الثاني الموسع في 1858 .

(2) نوبار باشا الذي عهد إليه بتشكيل وزارة تولت مسئولية الحكم طبقا للنظام الجديد الوارد في مرسوم 1878، وسقطت وزارته في 19 فبراير 1879 م ، وذلك بسبب ثورة الضباط الذين قادهم أحمد عرابي ، مما أدى إلى سخط الرأي العام عليه (انظر عصر إسماعيل باشا لعبد الرحمن الرافعي 86/2 ، 87 - 190/2) .

(3) المحاكم المختلطة : هي نتاج مفاوضات بين مصر والدول الغربية عدة سنوات ، انتهت سنة 1875 بالاتفاق على إنشاء المحاكم التي سميت (محاكم الإصلاح) وصدور لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وقوانينها المدنية والتجارية ، وقانون المرافعات . وخلاصة القواعد التي قام عليها نظام هذه المحاكم ما يلي :

1 - تختص في المنازعات المدنية بين المصريين والأجانب . أما الجنح والجنايات التي تقع من الأجانب فلا تختص بالحكم فيها بل بقيت من اختصاص المحاكم المصرية . ويقضي ترتيب تلك المحاكم بإنشاء ثلاث محاكم ابتدائية ، ومحكمة استئناف ، والقضاة الأجانب هم الأغلبية ، ولهم رئاسة الجلسة . وقد تم تعيين قضاة المحاكم المختلطة سنة 1875 م ، ثم بدأ عملها في العام التالي ، وألغيت من ذلك الحين المحكمتان التجاريتان في القاهرة والإسكندرية ، حيث حلت محلهما المحاكم المختلطة . وقد قام النظام القضائي المختلط على أساس تخويل هذه المحاكم سلطة الفصل في جميع المنازعات التي تمس مصالح أي أجنبي . (عصر إسماعيل لعبد الرحمن الرافعي 267/2 : 270) .

المحامي الفرنسي الذي كان موجودا بالديار المصرية وقتذاك بأمر نوبار باشا رئيس الوزراء . كان هذا أول افتيات على قوانين البلاد ظفر به الأجانب في مصر ، بل وسعى إليهم في هذا السبيل نوبار باشا . وهو بعض ما يسعى إليه أعداء البلاد لضياع شخصيتها القانونية واستقلالها القضائي من مصادره الإسلامية ؛ فأصبح في البلاد قضاء مختلط ينظر في جميع الدعاوى المدنية والتِّجارية بين الأجانب والأهالي ، أو بين الأجانب المختلفي الجنسية ، وفي المنازعات العقارية ، ولو كان جنسية واحدة غير الوطنيين ، وقضاء وطني يحكم بالقوانين الشرعية ، ولكن النية كانت مُبَيَّتَة للتخلص من هذا التشريع الإسلامي وقَبْرِه في بلده ، فلم تكْفِ الطعنة الأولى بإيجاد المحاكم المختلطة ، ولكنه كان يجب الإجهاز الكلي على هذا التشريع وحصره في دائرة خاصة (الأحوال الشخصية) [1] وقد تم ذلك . فقد رأت الحكومة المصرية إنشاء محاكم مصرية تضارع المحاكم المختلطة التي وجدت منذ سنة 1876 من حيث كفاءة رجالها ونظامها - كما يقولون - للاستغناء عن المختلط فأُنْشِئَت المحاكم (الأهلية) الوطنية . الآن في 14 يونيو سنة 1883 بأمر عال من الخديوي توفيق باشا ، وافتُتِحَت في الوجه البحري في نفس هذه السنة ، وافتتحت في الوجه القبلي سنة 1889 م .

---

(1) الأحوال الشخصية : هو اصطلاح ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهته مشكلة تنازع القوانين ؛ إذ كان يقوم في إيطاليا وقتئذ نظامان قانونيان : الأول : هو نظام القانون الروماني بوصفه القانون العام . والثاني : نظام لم تكن له صفة العمومية بل كان نظامًا محليًا . فلجأ الفقه الإيطالي إلى التفرقة بينهما فأطلق كلمة « قانون » على الأول . وكلمة « حال » على الثاني وجمعها أحوال ، ثم قسم هذه الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأحوال تتعلق بالأموال . واستعار الفقه هذا التقسيم ، وأصبح القانون المدني المقارن ينقسم إلى طائفتين من القواعد : الأولى تتعلق بالروابط الشخصية وتتعلق الثانية بالروابط المالية واحتفظ لها باصطلاح (الأحوال المتعلقة بالأموال) ثم اختصر كل من الاصطلاحين فأصبح يطلق على الأولى الأحوال الشخصية والثانية الأحوال المدنية .

والمقصود بالأحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرًا أو أنثى ، وكونه زوجًا ، أو أرمل ، أو مطلقًا ، أو أبًا أو ابنًا شرعيًا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . انظر : دراسات في أحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي ص 57 وما بعدها .

وبهذا تم إلغاء مجالس الأحكام البالغ عددها ثمانية في الوجهين حَسْب افتتاح هذه المحاكم ، وبقيت المحاكم الشرعية تنظر في أحكام الأحوال الشخصية ممنوعة من النظر في أي نزاع آخر .

كان هذا هو القضاء على التشريع الإسلامي في مصر . فلا يمكن بحال من الأحوال دراسة هذه النظم القضائية تاريخيًا ؛ لأن خيط الاتصال بين النظم القديمة والجديدة منقطع فقد جيء بالقضاء المختلط والقضاء الأهلي وفُرِضَا على مصر والمصريين . فدراسة تاريخ هذه القوانين يرجع لأصلها في بلادها .

ولما كانت هذه القوانين الدخيلة على أخلاقنا وعاداتنا وقواعد ديننا لا سند لها في وجودها ببلادنا ، وكان من أحدثوها يريدون لها الدوام ، أنشأ لها مدرسة الحقوق لتفرخ وتربي عقولا تهيؤها لاعتناق هذه القوانين والدفاع عنها فتمّ لهم ذلك . ولكي يُقْبِل الناس عليها حرصوا كل الحرص على تقليد خريجيها مناصب القضاء والنيابة بل والمناصب الرئيسة في الدولة . فسار هذا الحال على هذا المنوال ليومنا هذا فنسي الناس بل (والمتخرجون في مدرسة الحقوق [1] قوانين بلادهم) وظنوا أن الدين الإسلامي للصلاة والزكاة والحج الخ .

كل هذا تم ورجال التشريع الإسلامي لا حول لهم ولا قوة حتى أطلق عليهم بعض الناس (رجال الدين) ، ومعناه أنه لا شأن لهم في الحياة العامة إلا ملازمة المساجد ، والوعظ ، والإرشاد الروحي كرجال الديانات الأخرى (اليهود والنصارى) . ولو علم هؤلاء الحقيقة لعرفوا أنهم على غير حق فيما يدَّعون وأن أساس التشريع الوضعي هو التشريع الإسلامي كما سيعرفون من مراجعة هذه (المقارنات) .

ثانيًا – ما يقوله أبناء التشريع الوضعي : يقول أبناء مدرسة التشريع الوضعي : إن هذا الإصلاح كان واجبًا ، وإدخال هذا التشريع الوضعي في قضاء مصر تقتضيه العدالة وروح النهوض في الحياة الاجتماعية للأسباب الآتية :

1 – إن القضاء العادل كان مفقودًا في مصر فكانت الفوضى ضاربة أطنابها [2]

---

(1) في الأصل : « المتخرجون من جامعة الحقوق » وما أثبتناه هو الصواب .

(2) أطناب : مفردها طنب ، وهو حبل الخباء والسرادق ونحوها ، وأطناب الشجر : عروق تتشعب من أرومتها ، وأطناب الجسد عصبه التي تتحصل بها المفاصل والعظام وتشده . وفي الحديث : « ما بين طنبي =

في جميع مرافق الدولة ؛ فلا حق للفقير ، ولا يُحْكَم على الغني ذي الجاه بما يَكرَه ، ولم يكن الناس متساوين أمام القانون ، وكانت الرِّشْوَة منتشرة ، والحكم حسب الهوى ، وغالب الأحكام لا تنفذ .

2 - كان القضاء الإسلامي متشعبًا حيث كان يحكم بالمذاهب المختلفة : مالكي وشافعي وأخيرا مذهب الإمام أبي حنيفة [1] ، وفي هذا بلبلة للأفكار وعدم دراية بقانون الحكم بل عدم إمكان استخلاص نصوص التشريع الذي يجب أن يُطَبَّق على موضوع النزاع لعدم تمشي التأليف التشريعي مع الوقت في بساطة وسهولة .

3 - إن التشريع الإسلامي كان جافا إذ يقضي بقطع يد السارق ورجم الزاني أو قتله إلخ ، ولو كان الفاعلان مختارين ، ولم يعتديا على حقوق أحد (كزوج مثلًا) ، والناس قد ارتقى مجموعها وإحساسها ؛ فيجب ترك هذه الفظاعة والغلظة إلى المعاقبة بما ينطبق على المدنية والحضارة ؛ لأن المجرم مريض فيجب معالجته لا القضاء عليه .

وقد يبدو بالعين المجردة أن هذه الأسباب قد تُنْتِج مقدمة هذا التغير الكلي ؛ لأنه إصلاح لفساد شامل يجب عمله ، وقد أحسن من عمل . غير أنه يقال ردا على هذا إنصافا للحقيقة :

أولًا - إن فساد الحياة العامة الشامل لفساد القضاء وعدم إقامة أركان العدل ليس راجعًا لعدم صلاحية القواعد الشرعية لإقامة العدل بين الناس ، والأخذ بيد المظلوم ، والضرب على يد الظالم . وإنما هو راجع إلى أن مصالح الأمة ومقدراتها

= المدينة أحوج مني إليها » أي ما بين طرفيها . فاستعاره للطرف والناحية . (لسان العرب 2708/4 مادة طنب) .

(1) أبو حنيفة : هو عالم العراق أبو حنيفة النعمان بن ثابت زوطي التيمي ، الكوفي ، مولى تيم الله بن ثعلبة . يقال : إنه من أبناء فارس . ولد سنة ثمانين في حياة صغار الصحابة ، ورأى أنس بن مالك لما قدم عليهم الكوفة ، ولم يثبت له حديث عن أحد منهم . روى عن : عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن عمرو بن دينار ، ونافع مولى ابن عمر ، وقتادة وابن شهاب والزهري . عني بطلب الآثار ، وارتحل في ذلك ، وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه فإليه المنتهى ، والناس عليه عيال في ذلك . قال الشافعي : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة . وقال ابن المبارك : أبو حنيفة أفقه الناس توفي في سنة خمسين ومائة ، وله سبعون سنة . وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . سير أعلام النبلاء 529/6 : 537 .

وأمنها وطمأنينتها [1] كانت في أيدٍ لا هَمَّ لها إلا إطلاق شهوة جامحة لملء البطون، وكساء الجلود، والتفنن في الملذات؛ فكان الحكم نهبًا مباحًا لكل طارق من الحكام يأتي حاكمًا بأمره يستحل ما حرم الله ويحرم ما أحل، فكان الواجب عدلا وعلمًا إصلاح الحال بِغَلٍّ يد الظالم، وعدل الحكام، وإقامة الحجة، وهناك يظهر إذا كان التشريع الإسلامي فاسدًا أو صحيحًا يتمشى مع كل زمان وفي كل مكان؛ لأنه تشريع سماوي وضعه الباري - جل شأنه - لمصلحة البشر، ولا يمكن الإصلاح بتركه لغيره بلا علاقة حتى بين التشريعين، ولم يقل أحد حتى من أعداء التشريع الإسلامي: إنه لم يحقق العدالة الكاملة بين البشر.

ثانيًا - تَشَعُّب القضاء الإسلامي وعدم الدراية به وبنصوص التشريع التي تُطَبَّق على الحادثة بين المتنازعين لا يقضي بإلغائه واستبداله بغيره، بل بالعكس هذا دليل على حيويته، وإن المتشرعين دائبو البحث والتقصي عن تطبيق النصوص. وليس هذا بدعا في التشريع الإسلامي، بل هو في كل تشريع يُطَبَّق كل يوم، وسببه اختلاف فَهْم القضاة أو علماء القانون في استخلاص حكم يُطَبَّق على حادثة فتجد أحكامهم متناقضة؛ لهذا وُجِدَ استئناف ونقض لضمان سداد الفهم البشري في التطبيق القانوني جَهْد الطاقة.

على أن اختلاف المذاهب في التشريع الإسلامي يبين بوضوح أنه تشريع عقل وبحث ودليل. وللقاضي الحاكم أن يختار ما يراه مُحَقِّقًا للعدالة؛ فواجب القاضي فَهْم روح العدالة، والفهم في القانون واجب التطبيق، وإلا لو ألزمناه تطبيق نص القانون حرفيًا لكان إهدارًا لشخصيته كإنسان وإهدارًا لعقله كقاضٍ، وما سمعنا أن أحدًا عاب قضاة أمريكا في قضائهم المختلف اختلافًا لا يكاد يتصوره العقل أو قضاة الإنكليز. ومع ذلك لم يقل أحد: إن اختلاف التفسير في القوانين الوضعية يقضي بإلغائها مع استبدالها بغيرها وهكذا يكون التشريع الإسلامي.

وعدم الدراية بالتشريع ليس عيبًا في القانون، وإنما هو جهل يجب أن يزال بالتعليم، ولا زال هذا الجهل موجودا، فلا يُقْضَى بإلغاء القانون المعمول به واستبداله بغيره.

---

(1) في الأصل: [طمأنيتها] وما أثبتناه هو الصحيح.

أما كتب التشريع في ذلك الوقت فلم توضع إلا للمتعلمين الذين يمكنهم فهمها واستخلاص أحكامها كما هي الآن . غير أن أفهام المتعلمين آنذاك كانت قوية حادة ذكية بما يمارسونه من تعلُّم حتى يصلوا لدرجة فَهْم التشريع الإسلامي من نحو ، وصرف ، وبيان ، وبديع ، ومعان ، ومنطق ، وتفسير ، وحديث ، ومصطلح ، وتوحيد إلخ العلوم الشرعية الآلية ، لاستخراج الأحكام الشرعية من أصول التشريع : (كتاب اللّه ، وسنة رسوله ، والإجماع ، والقياس) . وبهذا سَمَت مداركهم ، وعلت أفهامهم ؛ فوضعوا كتبهم ، ولم يجدوا فيها صعوبة في فهمها ، ولكن أبناء المدرسة الوضعية لم يدرسوا غير تاريخ القانون - إن كان - وشرح القانون ، وما يتصل بالقانون ، فلا يمكنهم حل هذه الطلاسم لأنهم لم يتعودوها ، ولم يمارسوها ، ولم تَتَرَبَّ لهم ملكة الفهم التي تَرَبَّت لهؤلاء . فكان طبيعيًّا أن يمجّوا شيئًا لم يتذوقوه ، ويطرحوا طعامًا يكلفهم عناء ومشقة هم في غنى عنها إلا من أفاض اللّه عليه حب الاطلاع والمثابرة على الدرس وحب الاستطلاع ، فليس من العدل إلغاء هذا الذي لا تفهمه بغيره ، بل يجب أن نتعلم كيف نفهمه ، ثم نُنَقِّحه بما يسهِّل فهمه . وهكذا يتصل الماضي بالحاضر لا أن نقطعه ، ونرميه إلى غيره بلا سبب يبرره .

ثالثًا – صلابة التشريع الإسلامي في الحدود بقطع يد السارق ورجم الزاني أو قتله مع رقي إحساس المجموع ونفوره من هذه الفظاعة والغلظة إلخ ، والجواب على هذه التهمة يرجع إلى أمرين لأن القوانين المطبقة في المحاكم قوانين مدنية وقوانين جنائية فالقوانين المدنية هي التي يُحْكَم بها في قَطْع المنازعات في الحقوق المالية أو ما يؤول أو يُقَدَّر بالمال ، وهذه الناحية من التشريع لا صلابة فيها ولا غلظة . فالحكم فيها بقواعد التشريع الإسلامي كالحكم فيها بقواعد التشريع الوضعي ، فمن ادَّعَى حقا على آخر فعليه إثبات حقه بالأدلة المقررة كتابة أو شهادة أو إقرارًا إلخ . فإن عجز فله طلب يمين المدَّعى عليه بلا فرق بين تشريع وتشريع ، وعلى هذا لا تُوَجَّه هذه التهمة إلى القانون المدني الإسلامي (المعاملات والأقضية والشهادات) ، فاستبدال تشريع بتشريع يعادله يحمل كراهة ذاتية للتشريع الملْغَى ؛ لأنه لا علة ولا مصلحة تقتضيه ، وهذا ما يعمل عليه أعداء الإسلام في مشارق

الأرض ومغاربها كل يوم وفي كل قطر حَلُّوا فيه ، وسيعرف المُطَّلِع على هذه المقارنات صِحَّة ما ندعيه من أن التشريع الوضعي مأخوذ من التشريع السماوي أصالة ، ولكن كراهة الإسلام في ذاته ومطاردته أينما كان هي التي أوحت بإلغاء تشريعه .

والقوانين الجنائية هي التي يُحْكَم فيها في الاعتداء على النفس أو على جزء منها ، وفي الاعتداء على المال بطريق الاغتيال أو السرقة مثلًا ، ويتبعه قانون التحقيق الجنائي ، فالتشريع الإسلامي نظر في الجنح والجنايات إلى حقيقة الأشياء بلا مماراة أو تمويه ، وحَكَم عليها حُكْمًا صحيحًا لمصلحة البشر ، وحسبك أنه تنزيل من حكيم حميد ؛ لأن المعلوم في خلق البشر أنه مركب من طبائع تقتضي القهر ، والغلبة ، والسيطرة ، والإفساد في الأرض ، وشهوة جامحة لا ترى حدًّا تقف عنده ، وذلك مصداق لقول الله ﷻ : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَـٰٓئِكَةِ إِنِّى جَاعِلٌ فِى ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً ۖ قَالُوٓا۟ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّىٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (1) فكان الإنسان بطبيعة خلقته ميالًا لعدم التقيد بأي نظام ولا بأي قانون يسعى لإشباع شهواته كما يهوى مأكله ، وملبسه ، وملذاته .

ومعلوم أن أول شيء يخافه الإنسان الاعتداء عليه في جسمه وإيصال الألم إليه ليحس في قرارة نفسه بالألم فيعمل ألف حساب على تجنبه والبعد عنه ، فإذا قيل : من قتل يُقْتَل بَعُد الناس عن القتل جَهْد المستطاع ؛ لأن القتل ينتظر القاتل فيخشى على نفسه ، وفي هذا الحد إحياء للبشر حيث يقول المولى جل شأنه : ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ (2) وهذا المبدأ اتفق عليه البشر إلا من شذ .

وإذا كانت الأموال تعادل النفس فسرقتها من الجرائم المخلة بأمن الناس ، وداعية إلى تقويض دعائم الأمن والطمأنينة ومعيشة السارقين على أكتاف المجدين في الحياة الساعين لطلب الرزق بجهد وتعب ، وكان الواجب المحتم على كل مجتمع العمل على صيانته من العبث والفساد ، كان قطع يد السارق أَحْفَظ للأمن ومنبع ألم للسارق ماديًّا وقت القطع ومعنويًّا مدة حياته مُبْعِدًا نفسه ما استطاع عن الألم

(1) سورة البقرة الآية رقم 30 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 179 .

الجسماني ؛ فلا يجرؤ على السرقة أحد .

والدليل الحي العملي أن الدولة العربية السعودية تقيم الحد بقطع يد السارق ؛ فلا تجد فيها سرقة بعد أن كانت ميدانا للنهب والسلب وخصوصًا في موسم الحج الذي كان المسافر إليه يودع أهله وداع من لا يعود . والدليل القاطع على أن الأحكام الرخوة (وهي الحكم بالحبس على السارق) قد أوجدت أحوال العود للجريمة ألف آلاف مرة ، ولو قُطِعَت يد السارق لما عاد لخوفه مما ينتظره ، لهذا كان تشريعًا حكيمًا يطابق طبيعة البشر ويحفظ النظم الاجتماعية بما لا يحصل معه العبث بطمأنينة الناس وأمنهم ، ولو نُفِّذَت الأحكام الشرعية في الحدود بمصر لأغلقت السجون ، وقلّت المحاكم ، وانصرف الناس لكسب رزق حلال ، وكان فيهم رجولة . وأما أن المجرم مريض تجب معالجته لا القضاء عليه فهذا ما أثبت الواقع خلافه ، فإن المذنب متى استوفى عقوبته وخرج لا يرتدع ، بل يرتكب إجرامًا آخر فيعود للسجن ، وقد يتخصص في نوع من الإجرام وهكذا وهو المشاهد المحسوس ، وأثبت التحقيق العلمي الحديث أن المجرم بطبيعته لا يترك الإجرام لأنه خُلُقِي فيه ، وقد تلقيت هذا العلم الحديث (الإجرام بالطبيعة) على أساتذته ، وأرونا في السجون العجب العجاب من المجرمين بالخلقة ، فمنهم من ارتكب الغش الجنائي أو سرقة البنوك أو الحوانيت إلخ عدة مرات حتى بلغ في بعض الحالات 15 مرة في نوع واحد من الإجرام ، ولو قُطِعَت يد سارق واحد لخاف الجميع ممن لم يخش الناس ولا يخاف الله ، ويقول الله جل شأنه : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (1) ومعناها عدم الرأفة بالزانيين وأخذهما بالقوة والعقاب لحفظ الأمن والنظام ، وهذا المعنى ملحوظ في العقوبات والحدود لتكون زواجر . ومع كل هذا فليس موضوع كتابي (المقارنات) إلا الحقوق المدنية الآن ، وسأشرع - بحول الله وقوته - في المقارنات الجنائية قريبًا إن شاء الله .

ثالثًا - ما يقوله أبناء التشريع الوضعي في القوانين الوضعية وفي التشريع

---

(1) سورة النور الآية رقم 2 .

الإسلامي وفي تباينهما .

يقولون - وما أكثر ما يقولون - : « إن القانون المدني الفرنسي لم يستمد أحكامه لا من فقه الإمام أبي حنيفة ولا من مذهب الإمام مالك فالقانون المدني الفرنسي وضع سنة 1805 للفرنسيين ولأهل أوربا ، وليس فيه نص واحد مأخوذ من فقه أحد الأئمة » نشر في المقطم بتاريخ 7/23/سنة 1943 .

ولقد بلغ من جرأتهم على الحق وإنكاره أن كتب أحد العلماء ردًّا على من قال : « إن أحكام القانون المدني الفرنسي مأخوذة من التشريع الإسلامي ، وهو كثير وواضح للمحققين » فقال : « لم يذكر لنا نصًّا واحدًا (واحدًا فقط) من هذا الكثير ، ولم يذكر لنا اسمًا واحدًا (واحدًا فقط) من المحققين الذين يعرفون الأحكام الشرعية المأخوذة في القانون الفرنسي ، بل زاد في تحديه أن طلب حكمًا واحدًا ، ونعى عليهم أنهم ليسوا من رجال القانون حتى يكون قولهم حجة إلخ .

ونحن لا نرد عليه بمثل واحد بل بتسعة أعشار نصوص القانون الفرنسي المدني في كتابنا هذا (المقارنات) ، ونقول له في أذنه : على رسلك فليس الأخذ من مذهب الإمام مالك وليد سنة 1805 . لا يا سيدي بل منذ سنة 200 من الهجرة يوم كان يُحكَم به في أوربا وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا في جهالة عمياء يبيعون الإقطاعية بما عليها ومن عليها ، ويوم أن كان لا يتزوج عامل في إقطاعية بامرأة إلا بعد أن تمر على السنيور ، وكلما مكثت في منزله زاد شرف الخطيب . في غياهب الجهل ومجاهل التوحش دخل الإسلام أوربا ، وحكم أهلها ، وأسس فيها قواعده العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغترفون من النور والعلم وأسس الحياة الصحيحة . هناك يا سيدي كان مذهب مالك أدخله فيها زياد بن عبد الرحمن القرطبي الملقب بـ (شبطون) (1) وهذا في حكم هشام بن

(1) شبطون الفقيه الإمام مفتي الأندلس ، أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن بن زياد بن عبد الرحمن بن زهير ابن ناشرة ، اللخمي الأندلسي ، صاحب مالك . سمع من معاوية بن صالح القاضي وتزوج بابنته ، ومن يحيى ابن أيوب ، والليث ، ومالك . وبه تفقه يحيى بن يحيى الليثي وكان إمامًا عالمًا ورعًا كبير الشأن ، أراده هشام صاحب الأندلس على القضاء فأبى ، وكان هشام يكرمه ، ويخلو به ، ويسأله ، مات سنة ثلاث وتسعين ومائة ، وقيل : مات سنة تسع وتسعين ومائة (سير أعلام النبلاء 199/8 ، شجرة النور الذكية ص 263 رقم 42) .

عبد الرحمن [1] (سنة 171 هـ 180 هـ) ، فلم تأت سنة مائتين هجرية حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي [2] ، وساد المذهب المالكي في الحكم والقضاء .

أما ما ذُكِر من أصول مأخذ القانون الفرنسي مما تعرفه أنت ودرسته أنا فهو نتيجة إجماع سكوتي من أعداء التشريع الإسلامي يتناقله علماء القانون الوضعي جيلًا بعد جيل ، ولا يذكرون التشريع الإسلامي حتى كأنه ما كان موجودًا في الوجود فإن ذكرت لك أن انعقاد البيع ولزومه يتم بالإيجاب والقبول فقط وتنتقل الملكية للمشتري بذلك ، وأن انتقال الملكية للموكل بمجرد تعاقد الوكيل ، وأن البلوغ القانوني حده 18 سنة ؛ وأن من نتائج حُكْم إلغاء العقد أن عديم الأهلية ليس مُلْزَمًا برد ما قبضه من الطرف الآخر إلا إذا استفاد به وصان ماله وإلا فلا رجوع عليه ؛ لأن من تعاقد معه سَلَّطَه على ماله فهو المفرط ؛ وأن موت أحد المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا كان أحد الطرفين ملحوظا في العقد كالشركة والوكالة وإيجار العمل ؛ وأن أداء ما ليس بواجب يُلْزِم من أخذ برد ما أخذ إلخ . فماذا تقول ؟ وهذه قطرة من بحر . كل هذا منقول من مذهب الإمام مالك وهو في القانون المدني الفرنسي ، فهل هذا مأخوذ من القانون الروماني ؟ كلا ! لأن حكم هذه الأشياء معروف في القانون الروماني ، وقد طارده وأماته التشريع الإسلامي في البلاد التي نشر ظله الوارف فيها . أخيرًا هو الكره والداء الدفين للإسلام وتشريع

---

(1) هشام بن عبد الرحمن بن معاوية الأمير أبو الوليد المرواني . بويع بالملك بالأندلس عند موت والده سنة اثنين وسبعين ومائة ، وعمره إذ ذاك ثلاثون سنة ، فإنه ولد بالأندلس وكان متدينًا ورعًا يشهد الجنائز ، ويعود المرضى ، ويعدل في الرعية ، ويكثر الصدقات ويتعاهد المساكين ولما احتضر ، عهد بالأمر إلى ولده الحكم ومات في صفر سنة ثمانين ومائة ، وله سبع وثلاثون سنة (سير أعلام النبلاء 516/7) .

(2) عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد شيخ الإسلام وعالم أهل الشام أبو عمرو الأوزاعي ، كان يسكن بمحلة الأوزاع بدمشق ثم تحول إلى بيروت حتى مات بها وكان مولده ببعلبك . حدث عنه عطاء بن أبي رباح ، ومكحول ، وقتادة ، وعطاء الخرساني وابن المنكدر ، وميمون بن مهران وخلق كثير من التابعين وكان مولده في حياة الصحابة ، روي عن : ابن شهاب الزهري ، ويحيى بن أبي كثير وهما من شيوخه ، وشعبة ، والثوري ومالك ، وابن المبارك ، قال البخاري : لم يكن من الأوزاع بل نزل فيها . قال إسحاق بن راهويه : إذا اجتمع الثوري والأوزاعي ومالك على أمرٍ فهو سنة ، وكان له مذهب مشهور عمل به فقهاء الشام مدة ، وفقهاء الأندلس ثم فني : مات سنة إحدى وخمسين ومائة ، وقيل : سنة سبع وخمسين ومائة (سير أعلام النبلاء 86/7 : 104 ، شذرات الذهب 1/ 204 : 242 ، معجم المؤلفين 105/2) .

الإسلام وللمسلمين . ولكن إن للدين ربًّا يحميه .

ويقولون أيضًا وما أكثر ما يقولون (ولقد كان السلف الصالح من كبار الفقهاء المجتهدين من اليقظة والبصر بالأمور إلى الحد الذي جعل الفقه في أيديهم يتطور حتى يساير الظروف ، ويجاري تغاير العصور ، ويتمشى مع الحاجات المتجددة) ولهذا يا سيدي أسسوا اجتهادهم على أسس وقواعد ثابتة تصلح لكل زمان للاجتهاد في استخراج أحكام الحوادث المتجددة . هذا إقرار بالواقع ، ولعل القائل يحتفظ بما يقول لكن للأسف قال : « حتى شاء الله أن تقف حركة الاجتهاد ، ولم يكن من وقوفها بأس ، بل لعل الخير كان في هذا الوقوف بعد أن استكمل الفقه من المقدمات ما جعله صالحًا للتطبيق في عصور لاحقة قريبة » .

إن وقوف حركة الاجتهاد لا خير فيه يا أستاذ لأنها جعلت لأمثالكم الادعاء بأن الفقه الإسلامي جامد والناس تسير ، وأنه يجب تركه لما تدعون إليه من شرائع وضعية . وهذا القول يتنافى مع ما قبله ومع لاحقه حيث تقول : « ولم تكن الظروف قد لحقها من التغيير ما ينقلب معه الفقه بعيدًا عن زمنه » وهذا تعليله أغرب حيث تقول : « لهذا كان إقفال باب الاجتهاد ينطوي على حكمة لم يكن من العسير فهمها إذ وضع حدا لتضارب الأقوال وتغاير المذاهب وتشتت الآراء » .
وهذا أيضًا فهم خاطئ يدل على عدم فهم روح التشريع الإسلامي ؛ لأن الاجتهاد بابه مفتوح ، وفقط يا سيدي يُشْتَرط في المجتهد شروط يجب تحققها وهي مذكورة بإيضاح في مقدمة هذا الكتاب ، وفي كتب الأصول يعرفها من يعرف التشريع الإسلامي ، وقَفْل باب الاجتهاد في فهم القوانين وتطبيقها على الحوادث المتجددة دليل على موتها وجمودها ، وهذا من قبيل الاستدلال بالأضداد ، لأن في القوانين الوضعية التي درستَها وتبشر بها وفي شراحها ما يجعل الحق غير ما تقول ، بل تجد المسألة الواحدة كتب عليها كثيرون من العلماء ، وكل له رأيه . ولا أدري في أي وضع يكون الاجتهاد أدعى لإهمال القانون المجتهَد فيه ، والظاهر أنه اختلط الأمر على حضرة الأستاذ في الاختلاف في فهم القانون مع بقائه بعينه ، والاختلاف في شرح المسألة الحادثة وتطبيق القانون عليها حتى أردت أن تريح العالم من تغاير المذاهب وتشتت الآراء .

ثم قال : « وكان على الفقه بعد ذلك أن يستكمل حظه من الاستقرار بعد أن استوفى نصيبه من التطور » . وكيف يتلاقى هذا مع قولكم: « إن الفقه الإسلامي ساير الظروف وجارى تغاير العصور إلخ » ؟! اللّهم إن هذا إظهار لمكنون النفس المستقر في خبايا الجوانح من التنصل من تشريع لا عيب فيه إلا أنه تنزيل من حكيم حميد . ثم بعد ذلك ينعي على التشريع الإسلامي ، ويندب حظه ، ويبرر خروج المسلمين عليه فيقول : « وقد دار الزمن دورته والفقه الإسلامي واقف » . ولعله كان الواجب أن يسير وحده بلا عمل ، (العالم يمشي وهو جامد ، والحضارة تتطور وهو ساكن فبَعُد عن الحاجات المتجددة) .

أنت أدرى يا سيدي الأستاذ لمَ وقف ؟ لأن من تنطق بحجتهم ومن اعتنقت مذهبهم طاردوه في كل مكان ، ولكن أصوله باقية وخالدة على الدهر لا تطفأ ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔواْ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَيَأْبَى ٱللَّهُ إِلَّآ أَن يُتِمَّ نُورَهُۥ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [1] .

ثم قال : « فأصبح من العسير على الأمم العربية في العصر الحاضر أن تستقي منه قوانينها الحاضرة » . وقوّاكم اللّه في الإتيان بالبدل فأنتم وأمثالكم داعون للقوانين الوضعية ، وهذا هدم للتشريع الإسلامي إن بقي فيه شيء لم يهدم من أعدائه ومن احتلوا بلاد المسلمين .

ثم قال : « فأَخَذَت تهجره واحدة بعد الأخرى ، ولجأت إلى القوانين الغربية الحية لتماشي مدنية العصر ، ومن هنا نشأت أزمة الفقه الإسلامي » . لا يا سيدي الأستاذ لم تهجر الأمم العربية التشريع الإسلامي كراهية فيه أو لعدم صلاحيته للزمن ، ولكنها أكرهت من عدوها الذي احتلها على تركه واستبداله بقوانينه . أظن الأستاذ يشاهد البلاد العربية التي لم يحتلها أجنبي تحكم بالتشريع الإسلامي (اليمن والحجاز) .

ثم قال : « فيحتاج إلى جهود جبارة ووقت طويل حتى يعود الفقه الإسلامي إلى مجده الأول ، وينفض عنه غبار الجمود الذي تراكم عليه فيسترد قوته ورونقه ، ويعود جديدًا وفقهًا خصبًا قويًا) .

أدركنا يا رب العالمين من عبادك والطف بنا وبهم في هذه الدنيا ، إنك أنت

---

(1) سورة التوبة الآية رقم 32 .

اللطيف الخبير . هذا الذي يمهد السبيل لإصلاح الفقه الإسلامي لو أنه تبنى بحثًا منه ودافع عنه لظن الناس خيرًا وقبلوا هذه الدعوى ، ولكن رجلا تبنى نظرية (لامبير) ونقل لنا أسمالا بالية من عدة تشاريع وضعية ، وخاطها لنا قانونًا مدنيًا ، وقال في مادته الثانية ما يأتي :

« فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين إلخ » . لا يصح أن يكون حَكَمًا ولا يؤخذ قوله حجة .

والواجب أن يقول الأستاذ بلغة العرب الفصيحة: إنني أدعو العرب لهجر التشريع الإسلامي في بلاد الإسلام حتى تعود إليه الحياة ويعود فقها خصبًا قويا . لأن الرجل يُلْزِم القاضي بقانونه أن يُحَكِّم العادة قبل أن يُحَكِّم التشريع الإسلامي ؛ لأنه يجهله أو يعاديه .

إن أعداء التشريع الإسلامي أخذوا منه ما لذ وطاب ، ولم يقل أحد منهم هذه الأقوال ؛ لأنهم درسوه وعرفوا قيمة أصوله وقواعده ، ولكنهم سكتوا عن ذكره سكوت أهل القبور ، وعملوا على محوه وتعطيله في كل قطر دخلوا فيه ، وتركوا من أبناء هذه الأقطار داعين لتشريعهم الوضعي فيها ، وهي حقيقة مرة يعرفها من ألقى السمع وهو شهيد .

أيها الأستاذ إن التشريع الإسلامي حي حياة إلهية ولو لم يرق في نظرك فلست أكثر حولا ولا طولا ممن محوه من بلاد الإسلام ، وأدخلوا قوانينهم ، وحكموا بها ، وألزموها المسلمين قهرًا وبلا ذنب إلا احتلالهم . إن علماء التشريع الإسلامي قد أصبحوا والحمد لله يضارعون في تفكيرهم وفهمهم أكبر عالم من علماء القوانين الوضعية ، ولو سألتموهم عن أي قاعدة لبهركم وأخذ عليكم مجامع تفكيركم الوضعي ما يجيبون به ، ولكن ما تدَّعون من علم ومعرفة قد جعلكم في نظركم على الأقل أعلم مخلوق وأكبر مشرع والله يقول : ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ [1] ونصيحتي إليكم أن ترجعوا إلى التشريع الإسلامي ، وفيه ما فوق

---

(1) سورة الإسراء الآية رقم 85 .

الكفاية فتعلموه ، وابحثوا وبشِّروا به في كل مكان يعظم شأنكم ، ويرضى عنكم ربكم ، فلستم بمعجزي اللّه في الأرض ، ولو شاء لسلبكم ما تدعون ، وليس ذلك على اللّه بعزيز .

ثالثًا – ما يجب على المسلمين في بقاع الأرض وما يجب : على رجال التشريع في البلاد التي ابتليت بالاحتلال الأجنبي .

أولًا – يجب على المسلمين في جميع بقاع الأرض التمسك بتشريعهم ، والعمل على إحلاله محل التشريعات الوضعية التي أجبروا على العمل بها ، وتطبيق قوانينهم على أصول التشريع الإسلامي فإن وافقها ارتضوا العمل بها وإلا عملوا على استبدالها بغيرها من كتاب اللّه وسنة رسوله والإجماع والقياس ، فإن لم يفعلوا – وكانوا قادرين بلا سلطان لأحد عليهم – كانوا خارجين على دينهم ، وكانوا مصداقًا لقول اللّه ﷻ في سورة المائدة : ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ [1] ، ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّـٰلِمُونَ ﴾ [2] ، ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ ﴾ [3] ، والحكم على الحاكم ، وعلى المحكوم الرضا والقبول ، بل كانوا غير محبين لدينهم ولنبيهم فوَصْفُهم بالمسلمين لا حقيقة له ، وهو ادعاء كاذب ؛ لأن الإسلام ليس عقيدة التوحيد فقط بل هو عقيدة وعمل ، ويقول اللّه في سورة آل عمران : ﴿ قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ ٱللَّهَ فَٱتَّبِعُونِى يُحْبِبْكُمُ ٱللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣١﴾ قُلْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ ۖ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَإِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْكَـٰفِرِينَ ﴾ [4] ويقول اللّه جل شأنه تأكيدًا في سورة النساء : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴾ [5] .

ثانيًا – ما يجب على رجال التشريع في البلاد التي ابتُليت بالاحتلال الأجنبي (كمراكش [6] ، والجزائر ، وتونس ، وطرابلس ، ومصر ، وفلسطين ، وسورية ،

---

(1) سورة المائدة الآية رقم 44 .
(2) سورة المائدة الآية رقم 45 .
(3) سورة المائدة الآية رقم 47 .
(4) سورة آل عمران الآية رقم 31 ، 32 .
(5) سورة النساء الآية رقم 65 .
(6) مراكش : بالفتح ثم التشديد وضم الكاف وشين معجمة ، أعظم مدينة بالمغرب وأجلها ، وكان أول من =

ولبنان ، وتركيا ، والعراق) وكانت تحكم بالتشريع الإسلامي فلما دخلها الاحتلال دخل معه قانونه فهو القوي الحاكم ، والسكان ضعفاء محكمون فتضيع شخصيتهم القانونية في القوانين الدخيلة في بلادهم حيث يسعى المحتل إلى العمل على تلاشي قوانين البلاد إما دفعة واحدة نتيجة لفتح عسكري ، وإما تدريجيًّا في غير ذلك ، وسرعان ما يحتضنون من يدرسون قوانينهم فتكون لهم الحظوة في الدنيا ومغرياتها ، ويصب المحتل جام غضبه على رجال التشريع الإسلامي فيضيق عليهم الرزق ، ويسد عليهم مسالك الحياة . وهكذا يثبت تشريعه الدخيل ، ويلاشي القوانين القومية ، وسرعان ما يقوم من أبناء الأمة المحتلة من يتبنى هذه القوانين ، ويدافع عنها ويعتز بها ، وهو جاهل لا يدري من تشريعه شيئًا ، ويعتقد أنه المفرد العلم ، بل ويتعالى في ذلك أكثر من أصحاب هذه القوانين التي يطالب أهلها بإصلاحها في كل وقت ؛ لأنها تتغير حسب تقلب الأحوال والأوضاع .

وهذه البلاد المحتلة قسمان : قسم بقي في ذل الاستعمار فهو مغلوب على أمره ، ونرجو الله مالك الملك أن يفك أغلالهم وأن يرد إليهم حريتهم ؛ فيعودوا إلى تشريعهم الإسلامي مهما كان الزمن ؛ لأن الله وحده هو المتصرف في ملكه ، وهو الحافظ دينه ولو كره المبطلون ، وقسم خرج من ذل الاستعمار (نوعًا ما) فأصبح له متشرعون ، وفيهم عقل وحكمة ، وله برلمان يتولى إقرار هذه التشريعات أو رفضها (كمصر ، والعراق ، وسورية ، ولبنان) بنواب منتخبين ، وفي هذه الأمم علماء متشرعون إسلاميون مجتهدون على الإطلاق أو مقيدون بمذهب من مذاهب المجتهدين السابقين، وهم من الطراز الأول في فهم أصول التشريع الإسلامي (سنيون [1]

= اختطها يوسف بن تاشفين من الملثمين الملقب بأمير المسلمين في حدود سنة 470 بينها وبين جبل درن الذي ظهر منه ابن تومرت المسمى بالمهدي 3 فراسخ وهو في جنوبها (معجم البلدان جـ 111/5) .

(1) السنيون : السنة معناها الطريقة المعتادة أو النمط أو القانون . وتستخدم الكلمة في القرآن في مناسبتين هما : ﴿ سُنَّتَ ٱلْأَوَّلِينَ ، سُنَّةَ ٱللَّهِ ﴾ وكلا التعبيرين مترادفان نظرًا لأنهما يشيران إلى ما أنزل الله من العذاب بالأمم الخالية ممن كذبوا ، وأما في الحديث فالمفهوم عادة من السنة أنها سنة محمد ﷺ . غير أن هذا المصطلح يستخدم بوجه خاص مقابل الشيعة ، فيما يشير إلى الانقسام التاريخي الذي حدث بين الفريقين في موضوع الإمامة وبعض المبادئ الأخرى . (الموسوعة الإسلامية الميسرة 480/1 : 482) .

وشيعة [1]) ، فهؤلاء لا عذر لهم عند الله ولا عند الناس في إبقاء القوانين الوضعية عندهم ، وإني أسوق كلامي لرجال مصر أولًا ثم لجيراننا الأعزاء علينا ثانيًا .

أولًا – إلى رجال القضاء : وهم يتلمسون الحقيقة ليشيِّدوا صرح العدل بالقسطاس المستقيم . هل عرفتم أن ما تحكمون به غير مأخوذ عن التشريع الإسلامي إلا ما قل ؟ وقد كنا نسمع أن بعض المستشارين كان يغضب في المحاكم المختلطة لعدم كتابة الأحكام باللغة العربية لغة البلاد ، ويثير الدنيا ويقعدها . أفلا يستحق التشريع الإسلامي غضبة كهذه ليحل محل تشريع دخيل علينا فتكون لنا شخصية قانونية ومراجع نتغذى منها بدل أن نعمل قانونًا مدنيًا على أنقاض القانون الماضي نأخذه من عشرين تشريعًا أجنبيًا !! ستعرفون أن قانوننا المدني مرجعه التشريع الإسلامي متى قرأتم كتاب المقارنات .

ثانيًا – إلى رجال البرلمان : وهم يبحثون القوانين المعروضة عليهم لتخرج إلى الأمة واجبة النفاذ بسلطان القانون .

هل راجعتم قانون الدولة الأساسي من أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام؟ وهل احتفلتم مع الأمة بأول السنة الهجرية ، وبالمولد النبوي ، وبرمضان ، والعيدين ؟! هل تعتقدون أن من أولاكم ثقته من أبناء مصر المسلمين كان يعتقد أنكم تقرون قانونا يتلاشى به حكم التشريع الإسلامي ؟ وهل اليمين الذي أقسمتموه على احترام الدستور – وفيه أن دين الدولة الإسلام – يبرر إقرار التشريع المخالف للتشريع الإسلامي ؟! وهل هذا عمل من شأنه أن تبقى مصر زعيمة الشرق وأم المسلمين تغذيهم بما حفظت لهم من تراث الإسلام في الأزهر الشريف وكلياته ؟!!! تالله إنها لمتناقضات !! (حُكم بغير ما أنزل الله ودين الدولة الإسلام ، وامتداد لقوانين دخيلة تهدم كياننا القانوني وتشريعنا الإسلامي) .

يا نواب الأمة لا يغرنكم من يدَّعون العلم والمعرفة ويشرِّعون ويقدمون لكم ، بل ابحثوا ما قيل ، وارجعوا إلى ضمائركم وتشريعكم السماوي ، وهل تستمرون أمة

---

(1) الشيعة : الاسم العام الذي يطلق على مجموعة كبيرة من الفرق الإسلامية المختلفة جدًا ، نقطة البدء فيها جميعًا الاعتراف بأن عليًا هو الخليفة الشرعي بعد وفاة النبي ﷺ .

ضائعة عالة على أوربا ، ومن يقول في أوربا ، وما يأتي من أوربا تقليدًا أعمى ؟! .

يا نواب الأمة إن لنا تشريعًا سماويًّا فأحيوه . أجيبوا داعي اللّه إذا دعاكم لما يحييكم واعلموا أن أعداء الدين أعداء الإسلام ﴿ يُرِيدُونَ لِيُطْفِئُوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَٱللَّهُ مُتِمُّ نُورِهِۦ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ (1) فكونوا أنصار اللّه بنصرة دينه وبعث تشريعه ، وارجعوا لأهل العلم فاسألوهم عما خفي عنكم إن كنتم لا تعلمون ، وليس ذلك بمعيب فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون .

ثالثًا – إلى علماء الدين : بل إلى علماء التشريع الإسلامي ، ليس لمثلي وهو أقل واحد فيكم اطلاعًا على حكم عدم تبليغ الدين ، وعلى حكم الساكت عن الحق ، وعلى حكم عدم بيان الدين في المعاملات والأقضية والشهادات فأنتم أدرى مني بذلك .

ستعرفون بعد مراجعة (المقارنات) هذه أنه يجب أن تفيقوا وتحققوا أمل الأمة فيكم ، حيث أنتم أهل الحل والعقد فيها . أنتم مسئولون أمام اللّه وأمام الأمة وأمام التاريخ . ألا قد بلغت اللّهم فأشهد .

ولكن أسمح لنفسي أن أذكركم بأن السكوت على هذا الحال في التشريع الإسلامي وحصره في دائرة ضيقة في بلد إسلامي لا يحكم به إلا في الأحوال الشخصية –كالديانة المسيحية في مجلسها الملي ، وكالديانة اليهودية في بيعتها– لا يرضي اللّه ولا رسوله ، ولا ما يجب عليكم من البيان والتبيين ورد كل عادية عنه من هؤلاء الثرثارين المدعين العلم والمعرفة وأنتم سكوت .

ليت هذه التشريعات الوضعية أتت بجديد عليكم لم تدرسوه ، وبأفكار خارقة للعادة لم تسمعوها ، وبقوانين أرقى للبشرية من التشريع الإسلامي الذي درستموه . لو كان هذا لهان الأمر ، وكنتم أصحاب حجة عند اللّه وعند الناس ، ولكنه هو التشريع الإسلامي مصقولا مبوبًا مبحوثًا بعلله العقلية وأسسه المنطقية ، ولكي لا يكون لكم حجة في جهل اللغات الأجنبية ها هو هذا التشريع بين أيديكم بلغتنا العربية الفصحى ، غزلت لكم أصوله لتنسجوا ، وقدمت لكم سداه ولحمته

(1) سورة الصف الآية رقم 8 .

لتخيطوا ما تشاءون .

فكروا قليلًا ثم قارنوا بين مسئوليتكم أمام اللّه فيما فرطتم فيه واستكنتم وبين إرضاء أشخاص تخشون بأسهم لعرض الدنيا ، أو بين عدم سماع قولكم فتخشون الناس ، واللّه أحق بالخشية من مخلوقاته فهو القوى العزيز . وإليكم كتاب المقارنات لتتبينوا الحقيقة . وصلى اللّه على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

سيِّد عبد اللّه

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمد لله أستمد منه القوة والتوفيق ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي الهادي إلى أقوم طريق ، وبعد فهذه مقارنات وضعتها بين فقه القانون المدني الفرنسي وبين فقه مذهب الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة النبوية ، أقدمت عليها بعد جدال عنيف مع نفسي لعجزي عن مثل هذا العمل العظيم ، ولعلمي أنه قد يؤخذ بغير عين الرضا ممن تشبعوا بدراسة القوانين الوضعية ، واستسلمت أنفسهم لقيادتها ، ولم يعرفوا عن التشريع الإسلامي إلا أنه كان تشريعًا قديمًا ، وأصبح غير معمول به .

وقد كان الباعث الأقوى والملزم الذي لم أجد مفرًّا من إجابته ما لمسته ورأيته في الأوساط الجامعية الأوربية من النقل عن الشريعة الإسلامية أحكامًا يتخذونها معايب يلصقونها بالإسلام وهو منها براء ، ويتلقى أبناء المسلمين عنهم تلك الأفكار المسمومة ، ولا قدرة لهم على درئها لجهلهم بدينهم وتشريعهم .

وقد أجمع المتشرعون الوضعيون إجماعًا سكوتيًّا قاطعًا على عدم ذكر التشريع الإسلامي كتشريع ملأ طباق الأرض عدلا وعلمًا ، وقد كان يُحكَم به في بلادهم مئات السنين يوم أن كانوا يتخبطون في ظلمات الجهالة ، وقد كنت كلما تقدمت في الدراسة بجامعتهم أجد النصوص هي النصوص ، بل والتعليل للأحكام عندهم هو التعليل في التشريع الإسلامي خصوصًا في مذهب الإمام مالك ﷺ . والذي ساعدني على ذلك دراستي للعلوم الشرعية الأزهرية على اختلافها خمسة عشر عامًا ، فقد نلت شهادة الأهلية على مذهب الإمام مالك ، ونلت شهادة العالمية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، ودرست الحقوق الفرنسية بجامعة ليون بفرنسا . وفيها القانون الروماني وتاريخه ، والقوانين الفرنسية وتواريخها ، ونلت شهادة الليسانس منها .

لهذا رأيت واجبًا عينيًّا على مثلي أن يقدم هذا الكتاب إلى المسلمين جميعًا عامة ، وإلى المتشرعين خاصة ؛ ليعرفوا موقف التشريع الإسلامي من القوانين الوضعية ، وكيف كان منهلًا عذبًا لكل وارد ، وكيف أنكروا فضله ، وسكتوا

حتى عن ذكر اسمه !! فترجمت فقه القانون المدني الفرنسي ، وقارنت أصوله وقواعده بما يوافق أو يخالف ذلك من مذهب الإمام مالك ، فكان ذلك دليلا على ما ادَّعيت من أن القانون المدني الفرنسي (1) (وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية) مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس ﷺ والله ولي توفيقي عليه توكلت ، وإليه أنيب ، وإليه المصير .

(1) القانون المدني الفرنسي هو مجموعة القوانين الفرنسية الصادرة في عهد نابليون الأول امبرطور فرنسا لإجراء العمل بها في المملكة الفرنسية ، وكان الخديوي إسماعيل قد أمر رفاعة الطهطاوي بترجمة هذا القانون إلى اللغة العربية ، كما أمر قاضيه مخلوف المنياوي بالتعليق عليه من وجهة الفقه المالكي .

[في الأحكام العامة] (1)

بند [1] أصول التشريع

أولًا – التشريع الوضعي : من حق الباحث القانوني أن يعرف مأخذ القانون حتى يتذوق التشريع على أساسه ، فيتمكن من الرجوع إلى أصل ما أُشْكِل عليه من النصوص القانونية ، فيفهم روح التشريع من أصل مأخذه . وقد رتبت جامعات أوربا درس تاريخ القانون قبل دراسة نفس القانون .

لهذا سنأتي بمقدمة من تاريخ القانون المدني الفرنسي لنتبين معرفة أصوله كما يدَّعون ، ومنه نعرف المقارنة الصحيحة بين التشريعين الوضعي والسماوي .

القانون المدني الفرنسي أخذ من عدة أصول تشريعية :

أولًا – القانون الروماني ، وكان معمولا به في مديريات الجنوب من فرنسا إلى سنة 1785 ، وقد أثر فعلًا في شمال فرنسا .

ثانيًا – القانون الجرماني ، وكان معمولا به في شمال فرنسا ، وتفرع عنه قانون العوائد الذي كان معمولا به أيضًا في مديريات الشمال .

ثالثًا – القانون الكنائسي ، وهو قانون الكنيسة الكاثوليكية ، وقد كوَّن أول مجموعة تشريعية في الزواج وما ينشأ عنه .

رابعًا – قانون الملكية المطلقة ، الذي وُجِد بأوامر لويس الرابع عشر (2) و (3) الخامس عشر و (4) والسادس عشر .

---

(1) عنوان مضاف في التحقيق ولا أصل له في الكتاب .

(2) لويس الرابع عشر Louis Xiv : ولد عام 1638 في سان جرمان ، وكان حاكم فرنسا في الفترة من 1643 حتى 1715 حين كان يبلغ من العمر خمس سنوات .

. Dictionnaire EncyelopéFiaue Quillet Lit - No. Editions Quillet. 1990. p. 3928 .

(3) لويس الخامس عشر Louis xv : ولد في فرنسا عام 1710 ابن لويس دوق برجوني وماري اديلايد ، حفيد لويس الرابع عشر وخليفته وتزوج ماري لسيكينسك . وكانت فترة حكمة من 1715 : 1774 . p. 3928 .

(4) لويس السادس عشر Louis xvi : ولد في فرنسا عام 1754 ، ابن لويس وماري جوزيف ، حفيد لويس الخامس عشر وخليفته ، حكم فرنسا من عام 1744 حتى 1792 . ibid .

خامسًا – قانون الثورة ، التي قررت حقوق الإنسان : الحرية ، والإخاء ، والمساواة .

هذه القوانين ساعدت على عمل وَحْدَة قانونية جُمِعَت سنة 1804 . وهو القانون الموجود الآن في سنة 1926 – وإن غُيِّر ، وبُدِّل ، وزِيد ، وأُنْقِص ، وهو المعروف بـ(كود نابليون) [1] .

ولما كان مبنى القانون الفرنسي ، بل ومبنى غيره من القوانين الوضعية (كما يزعمون) هو القانون الروماني فقد رأيت إتمامًا للفائدة وإظهارًا للمقارنة أن أجعل له نصيبًا من المقارنة . فالقانون الروماني هو مجموع الأسس والقواعد التي كان معمولًا بها في الوطن الروماني والمستعمرات منذ تأسيس مدينة (روما) سنة 753 سنة سبعمائة وثلاث وخمسين قبل الميلاد إلى سنة 565 بعد الميلاد ووفاة جوستنيان .

وقد دخل القانون الروماني إلى فرنسا حين غزاها الرومان ، ودخلوها فاتحين سنة 50 قبل الميلاد إلى سقوط المملكة الغربية سنة 476 أربعمائة وست وسبعين بعد الميلاد ، ولم يكن فصل السلطات موجودا كاليوم ، بل كان الحاكم المدني يجمع بين يديه ، بحكم وظيفته ، السلطة القضائية مدنيًّا وجنائيًّا ، والسلطة الإدارية . وقد كان ينتقل من بلد إلى آخر لإقامة العدل بين سكان مقاطعته حتى كان له الحكم بالإعدام .

ثم سقطت الإمبراطورية الغربية في سنة 476 م ، وجاء حكم فرنك إلى سنة 986م مدة تنظيم الإقطاعيات ، ودخل القانون الجرماني مع هذا الفتح ، وبقي معمولا به إلى سنة 986 تسعمائة وست وثمانين ، ثم جاء دور الإقطاعيات في فرنسا .

وأما قانون العوائد فهو ما كان الحكم فيه للعرف والعادة كأحكام المحلفين في

---

(1) Code de Napoléon هو قانون وضعه نابليون في السادس عشر من إبريل عام 1821 قبل وفاته بوقت قصير (5 مايو 1821) وهو المعروف بالقانون المدني الفرنسي الذي سبقت الإشارة إليه ، وإلى ترجمة رفاعة الطهطاوي له .

فرنسا ، فهم من عامة الشعب لا يعرفون قانونًا ولا نظمًا قانونية ، فيسمعون الاتهام والدفاع ، ثم يسألهم القاضي (هل هذا المتهم مذنب أم لا ؟ فيجيبونه بما يقضي به العرف والعادة ، فإن كان في نظرهم مذنبًا فهو مذنب ، وإلا فلا ؛ فيطلق القاضي سراحه متى أجابوا بأنه غير مذنب – ولو كان فاعلًا معترفًا – لأن العرف يعطيه الحق فيما فعل .

فيمكن إذن أن يقال : إن العرف والعادة هو ما تعارف الناس عليه فيما بينهم أنه يحقق العدالة أولًا . يحققها من غير نكير أو اعتراض من أحد ولو لم يكن الحكم مدونًا في قانون أو لائحة ، فالعرف والعادة قد يكونان من أسس التشريع الوضعي ، بل ومن أسس التشريع الإسلامي بلا نزاع إذا لم يخالفا كتابًا ، أو سنة ، أو إجماعًا ، أو قياسا صحيحًا .

وقانون العوائد كان موجودًا في جنوب فرنسا ، ويشمل أسبانيا والبرتغال غير مدون ولا مكتوب ، ولكنه كان معمولا به محترمًا نافذًا ، وكان مدونًا مكتوبًا في الشمال (شمال فرنسا وألمانيا والبلاد الواطئة) ، وبقيت العوائد معمولا بها حتى جمعت في كود نابليون سنة 1804 وأصبح نافذًا . فيكون القانون الفرنسي المدني ولد ونشأ في أوربا حتى أثمر وانتشر فيها ، وفرض على غيره من المستعمرات ، بل واستعارته ممالك أخرى ، ومنها مصر .

بند [2] ثانيًا : أصول التشريع الإسلامي ومآخذه

أصول التشريع الإسلامي ومآخذه هي :

أولًا – القرآن الكريم ، وهو الكتاب الذي أنزله اللّه على سيدنا محمد بن عبد اللّه نبي اللّه ورسوله فحفظه ، وأقرأه للصحابة فحفظوه ، ودُوِّن بين دفتين ، ويحفظه المسلمون ويتدارسونه ويتناقلونه جيلًا بعد جيل ، وطبقة بعد طبقة إلى أن يرث اللّه الأرض ومن عليها ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾ (1) .

وقد بين القرآن الحكيم فروض الدين ، ونواهيه ، وأمره ، وزجره . وأرشد الناس لتنظيم معاشهم ومعادهم فكان تبيانا لكل شيء ، ونزل القرآن بلغة العرب ، فهو

---

(1) سورة الحجر الآية رقم 9 .

قرآن عربي مبين لكل إنسان أن يقرأه ، ويستنبط منه ما يشاء من أحكام تنطبق على مشاكل العالم ، ويقضي بها في نزاع المتخاصمين وقضايا المتداعين ، ولهذا جاء استنباط الصحابة ثم التابعين ثم الأئمة المجتهدين في استخلاص الأحكام الشرعية فيما ليس فيه نص صريح ؛ لأنه لا اجتهاد مع النص .

غير أن القرآن الكريم لم ينزل على رسول الله ﷺ دفعة واحدة ، بل نزل منجمًا حسب الوقائع والمناسبات ، وحسب ما هو مرتب في علم الله فوُجِدَت فيه أحكام تغيرت من إباحة مطلقة إلى إباحة بقيد إلى منع إطلاقًا كشرب الخمر مثلًا ، فقد كان مباحًا في وقت الصلاة وغير وقت الصلاة ، فقرأ أحد الصحابة في صلاته – وهو شارب (قل يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون) ، وصحة الآية ﴿ قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝ لَآ أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ ﴾ [1] فحُرِّم الشرب وقت الصلاة ونزل قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ [2] فكانوا يشربونها في غير أوقات الصلاة ، فأدى ذلك مرة إلى شقاق بين الشاربين تضاربوا فيه ، وكاد يقتل بعضهم بعضًا ، فقال عمر بن الخطاب [3] : « اللّهم بيِّن لنا في الخمر بيانًا شافيًا » فنزل قول الله ﷻ : ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ إلى ﴿ فَهَلْ أَنتُم

(1) سورة الكافرون الآية رقم 1 ، 2 .
(2) سورة النساء الآية رقم 43 .

(3) عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رباح بن قُرط بن رزاح بن عدي بن كعب بن لؤي . أمير المؤمنين أبو حفص القرشي العدوي ، الفاروق . ثاني الخلفاء الراشدين . أمه حنتمة بنت هشام المخزومية . أسلم في السنة السادسة من النبوة وله سبع وعشرون سنة بدعوة رسول الله ﷺ (اللّهم أعز الإسلام بعمر بن الخطاب) أخرجه ابن ماجه . قال سعيد بن جُبير : ﴿ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ نزلت في عمر خاصة ، وقال ابن مسعود : ما زلنا أعزة منذ إسلام عمر . وقال الرسول ﷺ : لما طلع عليه أبو بكر وعمر : « الحمد اللّه الذي أيدني بكما أخرجه الحاكم . وهو من العشرة المبشرين بالجنة ، وكان زاهدًا ورعًا ، دخل على ابنه عاصم وهو يأكل لحمًا فقال له ما هذا ؟ قال : قَرِمنا إليه (وهي شدة الشهوة إلى اللحم) قال عمر : أو كلما قرمت إلى شيءٍ أكلته ! كفى بالمرء سرفا أن يأكل كل ما اشتهى . فتحت على يديه دمشق ، وفلسطين وقيسارية بالشام ونهاوند ، والاسكندرية ، وهمذان ، وطرابلس ، والمغرب ، والعراق ، والبصرة ، وحمص ، والأردن ، والمدائن . قتله أبو لؤلؤة عبد المغيرة ، طعنه بخنجر له رأسان ، وطعن معه اثني عشر رجلًا مات منهم ستة . ودفن مع صاحبيه بعد أن استأذن أم المؤمنين عائشة ، وكان ذلك في أواخر ذي الحجة سنة 23 هـ وهو ابن 61 سنة . سير أعلام النبلاء 509/2 ، 565 .

﴿ مُنتَهُونَ ﴾[1] . وهكذا كل تشريع حكيم يأتي تدريجيًا ، فيكون فيه ناسخ ومنسوخ ، ومطلق ومقيد ، وعام وخاص ، فلا يمكن لكل شخص أن يستنبط الأحكام الصحيحة من القرآن الكريم إلا إذا استوفى الشروط الآتية فيكون مجتهدًا .

والاجتهاد هو بذل الفقيه وسعه في النظر في الأدلة ليحصل حكمًا يُطَبَّق على حادثة ، والمجتهد الفقيه البالغ العاقل العارف بالدليل العقلي والتكليف به ذو درجة وسطى في اللغة العربية ، وفي الأصول ، والبلاغة ، ومتعلق الأحكام من كتاب وسنة ، وكونه خبيرًا بمواقع الإجماع ، والناسخ والمنسوخ ، وأسباب النزول ، وشرط التواتر والآحاد والصحيح والضعيف ، وحال الرواة . وهذا هو المجتهد المطلق .

والمجتهد المقيد ومجتهد المذهب أقل من المجتهد المطلق ، وهو العالم بأحكام الدين المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه في المسائل المفروضة عليه ، أو المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من ترجيح قول له على آخر .

وعلى هذا فباب الاجتهاد مفتوح بشروطه المذكورة ، فلا يأتي من يدعي العلم وهو لا يعرف شيئًا من المعاني ، والبيان ، والبديع ، أو النحو ، والصرف ، أو شروط رواية الحديث إلخ ، ويأخذ الأحكام من القرآن ، وعبثًا تحاول إقناعه بأنه مخطئ فسرعان ما تسمع منه (الأئمة المجتهدون لهم عقول ، ولنا عقول) وهو لا يحسن قراءة القرآن كما أنزل .

والصحيح أن رسول الله ﷺ قد اجتهد ، والأصح أن الاجتهاد في زمنه ﷺ وقع .

فمن وجد في نفسه القدرة ، وتوفرت فيه شروط استنباط الأحكام الشرعية فليتقدم ، وإلا وجب عليه تقليد إمام مجتهد فيما ذهب إليه كالإمام مالك أو الشافعي رضي الله عنهم أجمعين .

ثانيًا : السُّنَّة – من أصول التشريع الإسلامي ، وهي أقوال محمد ﷺ ، وأفعاله ، وتقريراته . وكل خبر يحتمل الصدق والكذب في حد ذاته ، ولكن خبر الله عز وجل وبعض المنسوب إلى سيدنا ونبينا محمد ﷺ ، والمتواتر معنى أو لفظًا – وهو خبر جَمْع يمتنع عادة تواطؤهم على الكذب عن محسوس – كل هذا مقطوع

---

(1) سورة المائدة الآية رقم 91 .

بصدقه .

ولأجل قبول السنة كأصل من أصول التشريع الإسلامي يجب صحة وسلامة وكمال الراوي في الأدب والأخلاق والتدين ، فلا تُقْبَل رواية مجنون أو كافر أو صبي في الأداء لا في التحمُّل . ولا تُقْبَل من مرتكب الكبائر والصغائر حتى والرذائل المباحة ولا من مرتكب كل ما يُبْطِل العدالة ، وقد طبَّق العلماء الأعلام شروط الرواية وتقسيم الحديث ، ووضعوا لذلك علم مصطلح الحديث ، فضُبِطَت أقوال الرسول وأعماله ، ودُوِّنت الأحاديث وعُرِف منها الصحيح والحسن والضعيف . وكُتُب الحديث أصبحت مدوَّنة في كافة بلاد المسلمين ، وأصبح مستحيلًا إدخال أحاديث موضوعة عن الرسول في أي ناحية ، فجزاهم عن الإسلام والمسلمين أحسن الجزاء .

ثالثًا – الإجماع من أصول التشريع الإسلامي ، فهو من الأدلة الشرعية على ما يُقَرر من الأحكام ، وهو اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة رسول الله محمد ﷺ في زمنٍ على أي أمر شرعي ، والإجماع خاص بالمجتهدين ، فلا يتجاوزهم لغيرهم ، فهم أدرى بمأخذ الدليل الذي يستند إليه الإجماع . ولا بد من اتفاق رأي الكل فتنقضه مخالفة واحد . ولا ينعقد إجماع في زمن الرسول ﷺ لوجوب العمل بقوله ورأيه ؛ فهو المشرع . ويصح الإجماع في زمن الصحابة ومن يليهم إلى يومنا هذا ، ويصح أن يكون إجماعًا سكوتيًا . ولا بد للإجماع من دليل وسند يرتكز عليه ، والصحيح أن الإجماع حجة وأنه قطعي غير السكوتي منه ، حيث اتفق المعتبرون على أنه إجماع ، فلا يجوز خرق ولا إحداث إجماعين متناقضين . ولا يعارض الإجماع دليل إذ لا تعارض بين قاطعين . وجاحد المجمَع عليه المعلوم من الدين بالضرورة كافر قطعًا .

رابعًا – القياس من أصول التشريع الإسلامي ، وهو من الأدلة الشرعية على ما ينتج من أحكام ، وهو حَمْل معلوم على معلوم في حكمه لمساواته في علة حُكْمِه ، وهو حجة في الأمور الدنيوية اتفاقًا ، وفي غيرها خلاف ، ومنعه أبو حنيفة رضي الله عنه في الحدود والكفارات والرخص والتقديرات . والصحيح أنه حجة إلا في الأمور العادية والخلقية ، وإلا في كل الأحكام ، وإلا على منسوخ . والقياس من الدين

لقوله تعالى : ﴿ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ ﴾ [1] . والقياس من أصول الفقه ، وهو فرض كفاية على المجتهدين وفرض عين على من احتاج إليه منهم ، وأركان القياس وشروطه محلها علم الأصول ، فمن أرادها فليرجع إليها في كتب الأصول .

بند [3] ترتيب أصول التشريع الإسلامي

وترتيب أصول التشريع الإسلامي وأخذ أحكامه أن يؤخذ الحكم أولًا من القرآن ، فإن لم يوجد فمن السنة ، فإن لم يوجد فمن الإجماع ، فإن لم يوجد فمن القياس .

على هذه الأسس والأصول وُجِدَ وقام التشريع الإسلامي ، ففي مدة وجود الرسول ﷺ كان أساس التشريع القرآن ، ثم إذا لم يوجد يؤخذ من سنة الرسول لقوله تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾ [2] ، وبعد وفاته ﷺ وُجِد الإجماع ثم القياس ، فانفتح باب الاجتهاد ، وانقطع الأئمة المجتهدون للفتيا ولاستنباط الأحكام ! وقد وصلنا عنهم تركة غنية جدًّا بأصول التشريع وقواعده ، وحكم الفروع ، والقضاء في الحوادث بما لا يحتمل استزادة .

والأصل في هذا الترتيب أن رسول اللّه ﷺ بعث معاذ بن جبل [3] إلى اليمن ليحكم فيها ، فقال : له بماذا تحكم ؟ قال : بكتاب اللّه . قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول اللّه . قال : فإن لم تجد . قال : أجتهد برأيي . فقال عليه الصلاة والسلام : الحمد للّه الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله [4] .

---

(1) سورة الحشر الآية رقم 2 . (2) سورة النحل الآية رقم 44 .

(3) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ بن عدي بن كعب بن عمرو بن أُدَيّ بن أسد بن ساردة بن يزيد ابن جُشم بن الخزرج . أسلم وهو ابن ثماني عشرة سنة ، وشهد بدرًا والعقبة والمشَاهد . كان من أكثر الناس علمًا وفقهًا ومن أكثر شباب الأنصار حلمًا وحياء وكرما . قال عنه النبي ﷺ : « خذوا القرآن من أربعة : ابن مسعود ، وأُبيّ ، ومعاذ بن جبل ، وسالم مولى أبي حذيفة » البخاري وقال عنه ﷺ : « أرحم أمتي بأمتي أبو بكر ، وأشدها في دين اللّه عمر ، وأصدقها حياءً عثمان ، وأعلمهم بالحلال والحرام معاذ ، وأفرضهم زيد ، وأقرأهم أُبيّ ، ولكل أمة أمين وأمين هذه الأمة أبو عبيدة » الترمذي . توفي معاذ بقصير خالد من الأردن سنة سبع عشرة ، وقيل : ثمان عشرة وهو ابن ثمان وثلاثين سنة . سير أعلام النبلاء 278/3 ، 279 .

(4) صحيح البخاري كتاب الزكاة باب 63 .

فأساس التشريع الإسلامي مبني على بعثة رسول اللّه محمد ﷺ وانبثاق نور الإسلام في جزيرة العرب ، فالقرآن أول ما أنزل ، وهو كلام اللّه القديم الذي وصفه اللّه ﷻ بقوله : ﴿ لَّا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِن بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴾ (1) . وأكد جل شأنه أنه حافظه بقوله : ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾ (2) . وقد مضى على وجوده مقروءًا محفوظا أزيد من 1360 عامًا ، لم يزد فيه حرف ولم ينقص منه حرف ، تناقله المسلمون في بقاع الأرض شرقًا وغربًا بالإجماع المطلق بلا خلاف . ومدة نزوله انحصرت بين مكة والمدينة في ثلاثة وعشرين عامًا ، لم يثبت أن النبي ﷺ سافر إلى جهة نائية ليتعلم فيها بل كان أميًا لا يقرأ ولا يكتب ، وكان قائمًا بتبليغ رسالة ربه إلى قومه ثم إلى الوفود ، ثم هاجر إلى المدينة ، فكان يتلقى الوحي من ربه ككل الأنبياء والرسل ، ثم يقرؤه للصحابة فيحفظونه عن ظهر قلب ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ ۖ وَإِن لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ ﴾ (3) ﴿ وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ ﴿٤٤﴾ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ﴿٤٥﴾ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ ﴿٤٦﴾ فَمَا مِنكُم مِّنْ أَحَدٍ عَنْهُ حَاجِزِينَ ﴾ (4) .

ولم يثبت في التاريخ أن الرسول محمدا ﷺ سافر إلا إلى الشام في تجارة للسيدة خديجة (5) وكان قبل بعثته وكان مع رفقة ، منهم من آمن به ومنهم من كذبه ، فلو كان قد سافر للتعلم لأثبتوا عليه ذلك ، وقامت لهم عليه الحجة ، ولكنه كان مرسلا من ربه ، فكان لا ينطق عن الهوى ﴿ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴿٤﴾ عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَىٰ ﴾ (6) .

---

(1) سورة فصلت الآية رقم 42 . (2) سورة الحجر الآية رقم 9

(3) سورة المائدة الآية رقم 67 . (4) سورة الحاقة الآية رقم 44 - 47 .

(5) هي أم المؤمنين أم القاسم ابنة خويلد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشية الأسدية . أم أولاد رسول اللّه ﷺ وأول من آمن به وصدَّقه قبل كل أحد ، وثبتت جأشه ومضت به إلى ابن عمها ورقة ، ومناقبها جمَّة . وهي ممن كَمُل من النساء . كانت عاقلةً جليلة دينة مصونة كريمةً ، من أهل الجنة ، وكان النبي ﷺ يثني عليها ، ويفضِّلها على سائر أمهات المؤمنين ، ويبالغ في تعظيمها ، ومن كرامتها عليه ﷺ أنها لم يتزوج امرأة قبلها ، وجاءه منها عدة أولاد ولم يتزوج عليها قط ، وكانت تنفق عليه من مالها ويتجر هو ﷺ لها .
توفيت قبل الهجرة بثلاث سنوات سير أعلام النبلاء 419/3 : 424 .

(6) سورة النجم الآية رقم 4 ، 5 .

إن العقل السليم يحيل أن يبعث الله رسولا يأتمنه على وحيه وتبليغ رسالته ، ثم يكون كاذبًا . وعلى هذا يكون التشريع الإسلامي المأخوذ من القرآن والسنة والإجماع والقياس بعيدًا كل البعد عن القوانين الوضعية لبُعْد منشأه ، واستقلال وجوده ، وانقطاع اتصاله بأي تشريع وضعي ؛ فجزيرة العرب لم يكن بها إذ ذاك قانون سوى عرف العرب في التحاكم إلى رؤساء القبائل ، والطاعنين في السن ، والمجربين في الحياة ، والمحنكين في فض الخصومات . على أن هذا لا يعني أن التشريع الإسلامي ليس فيه أحكام وُجِدَت في شرائع كانت قبله ، بل فيه أحكام كانت في شرائع سابقة فقَبلها وأقرَّها ؛ لأنها تحقق العدالة ، وهو ما ينشده كل تشريع لخير البشر . وقال المتشرعون المسلمون المجتهدون : « شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد فيه ناسخ » .

وبالرجوع إلى مواطن بعض أئمة الإسلام المجتهدين الباقية مذاهبهم للآن سنة 1364 هـ 1945 م نجد الإمام مالك بن أنس عاش في المدينة المنورة واجتهد فيها ، والإمام أبا حنيفة ، والإمام أحمد بن حنبل [1] عاشا بالعراق واجتهدا فيه ، والإمام الليث بن سعد [2] ، والإمام الشافعي انتهت حياتهما في مصر فاجتهدا فيها . على أن اجتهادهم كان مقيدًا لا يخرج عن الكتاب والسنة والإجماع والقياس ؛ فكان لزامًا أن يكون التشريع الإسلامي أصولا وفروعا غير مأخوذ عن تشريع آخر سبقه .

---

(1) هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن حيان ، أحد الأئمة الأربعة . طلب العلم وهو ابن خمس عشرة سنة ، في العام الذي مات فيه مالك ، فسمع من إبراهيم بن سعد والوليد بن مسلم وسفيان بن عيينة ، فعدة شيوخه الذين روى عنهم في « المسند » مائتان وثمانون ونيف ، وحدث عنه البخاري حديثًا ، وحدث عنه مسلم والنسائي والترمذي . ومن تصانيف الإمام المسند وهو ثلاثون ألف حديث ، والناسخ والمنسوخ وتوفي الإمام أحمد سنة 241 هـ . سير أعلام النبلاء 443/9 : 546 ، تهذيب الكمال 226/1 .

(2) هو الإمام الحافظ شيخ الإسلام ، وعالم الديار المصرية ، أبو الحارث الفهمي مولى خالد بن ثابت بن ظاعن . مولده بقرقشندة بمصر ، ولد في سنة 94 وقيل : 93 ، سمع من عطاء بن أبي رباح ، وابن أبي مُليكة ، وابن شهاب الزهري ، وقتادة ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ونافع . وروى عنه خلق كثير منهم ابن عجلان ، وابن المبارك ، وسعيد بن شرحبيل ويحيى بن يحيى الليثي ، أهله يقولون : نحن من النمرس ، من أهل أصبهان . قال ابن بكير : كان الليث فقيه البدن ، عربي اللسان ، يحسن القرآن والنحو ، ويحفظ الحديث والشعر ، حسن المذاكرة ، لم أر مثله . وقال حرملة : سمعت الشافعي يقول الليث أتبع للأثر من مالك . مات الليث بن سعد للنصف من شعبان سنة خمس وسبعين ومائة ليلة الجمعة . سير أعلام النبلاء 438/7 ، 454 .

بند [4] النتيجة

تبين للباحث مما سبق :

(1) أن التشريع الوضعي نشأ في قارة أوربا ، وانتشر فيها القانون الروماني أو غيره وإن كان عُمِل به في مستعمرات روما .

(2) أن أصول هذا التشريع (كما يزعمون) كانت قوانين ، وعوائد محلية ، أو إقليمية .

(3) أن التشريع الإسلامي ولد ونشأ في آسيا في بلاد العرب (مكة والمدينة) ، وانتشر فيما عداهما وفي البلاد التي فتحها المسلمون .

(4) أن أصول التشريع الإسلامي وحي إلهي منزل ، وقد أقر بعض العوائد التي لا تتنافى مع النظم الاجتماعية ، وثبت قواعد العدل بما يحققها ، ونظم أحوال الناس في معاشهم ومعادهم بما سن لهم من قواعد ثابتة وأسس متينة مبنية على العقل والمنطق ، وهل الإسلام إلا دين عقل وتفكير وحجة ؟ وبالرجوع إلى تاريخ انتشار الإسلام وفتوحاته تجد أن الإسلام دخل الأندلس بعد شمال إفريقيا سنة 711 م إحدى عشرة وسبعمائة ميلادية وسنة 93 هـ وجنوب فرنسا إلى بلاد (ليون [1] للوار [2] - وبواتيه [3] - وأفينيون [4]) ، وهُزِمَ المسلمون سنة 732 هـ ، وظل حكم الإسلام في بلاد أوربا إلى سقوط (غرناطة) [5] ربيع الأول سنة 977 هـ 3 يناير سنة

(1) ليون Lyon : مدينة تقع على نهر الرون ونهر الجارون ، ويبلغ عدد سكانها 535000 نسمة ، وتعد ثالث مدينة في فرنسا من حيث الأهمية . Robert 2, p. 1129 .

(2) للوار La Laire : هى مقاطعة في المرتفعات الوسطى Layousse .

(3) بواتيه Poitiers : هى ولاية وعاصمة سابقة لبواتو ، وتشمل 10 مقاطعات ، وهي غنية بالآثار فيها كاتدرائية سان بيير التي ترجع إلى القرن الثاني عشر ، وكنيسة نوتردام التي أنشئت في القرن الثاني عشر Robert (2) p. 1465 .

(4) أفينيون Avignon : مدينة تقع على نهر الرون ، مقر البابوية في القرن الرابع عشر انضمت إلى فرنسا عام Larousse 1791 .

(5) غَرْنَاطَةُ : بفتح أوّله ، وسكون ثانيه ثم نون ، وبعد الألف طاء مهملة ؛ قال الأنصاري : إنها من أقدم مدن الأندلس وأحصنها يشقها النهر المعروف بنهر قلزم . وبينها وبين قرطبة ثلاثة وثلاثون فرسخًا ، معجم البلدان 220/4 : 221 .

1492 م . وبهذا مكث التشريع الإسلامي في أوربا محكومًا به معمولا به نحوًا من سبعمائة سنة ونصف تقريبًا في غرب أوربا . ومن شرق أوربا دخل العثمانيون إلى جبال الكربات بالمجر وحكموها 150 سنة (خمسين ومائة سنة) ومازال المسلمون بها لليوم . وكان الحكم للإسلام ، فكان الكل خاضعًا للتشريع الإسلامي ، وكانت عادات ومعاملات وأحكام فضًا لمنازعات مدنية ، وكانت كلها عربية إسلامية تأصلت مدة طويلة فاعتادها أهل البلاد ، فأصبحت عرفًا معمولًا به ومحققًا للعدالة يتحاكم به الناس . وغير معقول أن العرف والعادة وطرق الحكم في بلد يذهب مع الليل والنهار متى انقلب أهل البلد لدين آخر أكرهوا عليه ، بل بقي العرف والعادة اللذان أساسهما الشرع والحكم الإسلامي في أوربا الغربية والشرقية ولو انقلب أهلها إلى النصرانية وأبادوا المسلمين فيها . كان أهل الأندلس ملتزمين مذهب الأوزاعي الذي أدخله بها صعصعة بن سلام سنة 711 م وسنة 93 هـ ، وأدخل مذهب الإمام مالك إلى الأندلس زياد بن عبد الرحمن [1] بعد أن تلقى عن الإمام فقهه بالمدينة ، وكان ذلك زمن هشام بن عبد الرحمن سنة 171 هـ ؛ فانتشر مذهب مالك . وصارت الفتيا والقضاء إليه ، ولا يُقَلَّد قاض أو مفت إلا مالكيًا ، فلم تنته المائة الثانية من الهجرة حتى تقلص ظل مذهب الأوزاعي ، وساد المذهب المالكي ، واتخذ الفاتحون العثمانيون من الشرق مذهب الإمام أبي حنيفة .

ومن هذه الحوادث التاريخية القاطعة كان للشريعة الإسلامية عموما ولمذهب الإمام مالك بن أنس خصوصًا دخل في التشريع الوضعي بأوربا ، ولا ينكر هذا إلا كل مكابر لا يريد أن يتبع الحق ، ولا يعرف من التاريخ شيئًا . والحقيقة المرة المخفية عندهم إجماعًا أن مذهب مالك مدون عندهم ومعمول به علمًا وعملًا منذ سنة 711 ميلادية بلا نزاع ، ولهم أن يقولوا قانون العوائد أو غيره .

أخيرًا لنضرب صفحًا عن كل هذا ، ولننظر في هذا الكتاب من المقارنات ؛ فنجد العجب العجاب ، فهل هم السابقون في التشريع وأخذ عنهم التشريع الإسلامي ؟

---

(1) زياد بن عبد الرحمن : هو شبطون الفقيه مفتي الأندلس ، أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن ، اللخمي الأندلسي . سمع من : معاوية بن صالح القاضي ، وموسى بن علي بن رباح ، مات سنة 193 هـ أو 199 هـ . انظر سير أعلام النبلاء 199/8 ، العبر للذهبي 313/1 .

اللّهم لا ، فالتشريع الإسلامي كان تاما وهم يبيعون الأرض وما عليها من حيوان وبشر ، وكانت لا تتزوج بنت فلاح ممن ارتبطوا بأرض الإقطاعية بفلاح آخر إلا إذا بقيت في بيت الأمير مدة من الزمن ، وله أن يجيز ، وله أن يرفض الزواج (تاريخ القانون الفرنسي) .

وهذا دليلي العلمي والعملي على أن القانون المدني الفرنسي مأخوذ جله من مذهب مالك ، وفي هذا الكتاب ما يغني عن الجدل واللّه خير الشاهدين .

بند [5] القوانين الوضعية بمصر

دخل الإسلام مصر مدة خلافة عمر بن الخطاب ﵁ ؛ فحُكِمَت بالتشريع الإسلامي ، ونظمت على قوانينه وقواعده في جميع القضايا المدنية والجنائية والأحوال الشخصية ، حتى أُدْخِلَت المحاكم المختلطة بقانونها الوضعي الفرنسي على سبيل التجربة للقضاء بين الأجانب بعضهم بعضًا أو معهم والوطنيين فكان هذا أول افتيات على قضاء البلاد الطبيعي وتشريعها الإسلامي ، ثم وُضِعَ قانون المحاكم الأهلية على غرار المحاكم المختلطة ، واستُعِير لها أيضًا القانون الفرنسي ، وكان هذا الافتيات [1] الثاني على قانون البلاد الإسلامي الطبيعي ونظامها المألوف المأخوذ بعين الرضا والقبول ، ثم أنشئت مدرسة الحقوق لتدريس الحقوق المنقولة عن فرنسا الدخيلة في بلاد لم تنبت فيها ولم تشرع لها .

كان طبيعيًا أن تخرج مدرسة الحقوق حملة شهاداتها ، وكان طبيعيًا أن يجدوا متسعًا من وظائف الدولة الرئيسية في النيابة والقضاء ، ولم يدرسوا من التشريع الإسلامي إلا النزر اليسير من الأحوال الشخصية ، أما المعاملات الشرعية وما إليها من أصول التشريع فوُضِعَت في زوايا الإهمال ، فأُشْرِب في قلوبهم حب هذه القوانين الوضعية ، فدافعوا عنها ووسعوا في اختصاص تطبيقها ، وضيقوا على تشريع البلاد الإسلامي ، فحدوا من اختصاص محاكمها بما وضعوا لها من قيود ونظم ، وكأن التاريخ يعيد نفسه ، فإن ملك فرنسا حينما أراد جَمْع السلطة

---

(1) الافتيات : افتعال من الفوت وفلان لا يفتات عليه أي لا يعمل شيء دون أمره ، ويقال : افتات بأمره أي مضى عليه ولم يستشر أحدًا . لسان العرب (فوت) 3482/5 .

التشريعية والقضائية بين يديه من السنيور [1] (رؤساء الإقطاعيات) ، ومن رجال الكنيسة وضع رجال التشريع له هذه القاعدة (إن سلطة الحكم والتشريع مستمدة من الملك ، فلا تُسْمَع الدعوى في كذا وكذا إلا بأمر من الملك) ووسع في اختصاص قضاة الملك ، فشمل اختصاصهم كل المنازعات ؛ وبذلك ضاق نطاق الحكم لغير الملك ، وحصل الملك على السلطة المطلقة في التشريع والقضاء والإدارة ، وقد نسوا أن هذا التشريع الإسلامي تنزيل من حكيم خبير يحفظه مدى الدهر . على أن نظام قوانين مصر الحالية خليط من القوانين الوضعية إلا بعض أحكام كالشفعة [2] دعت الضرورة لأخذها لسد النقص في التشريع الناقص في القوانين المستعارة ، ولم يبق للمحاكم الشرعية أو للتشريع السماوي إلا الأنكحة ، وما يترتب عليها من طلاق ، ونسب ، وبنوة ، وميراث ، وهبة ووصية ، وبعض أحكام الوقف ؛ فأصبحت مصر الإسلامية زعيمة الشرق العربي التي تفخر بوجود الأزهر فيها يضيء العالم أجمع بالعلوم الشرعية والقواعد الإسلامية تُحْكَم بخليط من القوانين الوضعية والشرعية ، ودين الدولة الرسمي الإسلام - كما نُصَّ عليه في دستورها - أساس الحكم فيها ، ولكن المتشرعين فيها ورجال الحكم لم يفكروا يومًا بل ولا ساعة في التخلص من هذه القوانين التي فُرِضَت عليهم فرضًا ، بل ذهبوا إلى أبعد من هذا فجعلوا أساس تشريعهم تقليد الأمم الغربية !! وما دروا أن هذه التشريعات الوضعية أُخِذَت من أساس تشريعهم ، فأُلْبِسَت ثوبًا قشيبًا جديدًا ، ولو بحثوا عن الحقيقة لأنصفوا دينهم ، ولوجدوا فيه كل شيء ، ولعلموا أنه يجب الرجوع بتشريع البلاد إلى التشريع الإسلامي .

إني لا ألقي القول على عواهنه ، ولكني أسوق كتابي هذا دليلًا على ما ادَّعي ، فقد أرجعت تسعة أعشار الفقه الوضعي إلى نصوص شرعية وفي هذا ما يكفي .

إن التبعة تعود على (رجال الدين) ، وهم الذين درسوا التشريع السماوي ،

---

(1) السنيور Seigneur : تطلق قديمًا على من يمتلك أراضي وأشخاصًا وهو السيد الإقطاعي ، والمعنى الحالي : هو لقب شرفي يطلق على الأشخاص المرموقين . Robert (1) p. 1629 .

(2) (45) الشفْعَة : حق الشريك أو الجار في تملُّك العقار جبرًا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء ، والشفعة المِلْك المشفوع .

لأنهم استكانوا وناموا على عدم تبليغ الأمانة التي في أعناقهم ، حتى ظُنَّ أنهم قُضِي عليهم ولا رجعة لهم ، ولكن قد ارتفع صوت في سنة 1936 ، فألقى فضيلة الأستاذ الشيخ محمد سليمان عنارة [1] نائب المحكمة العليا محاضرة تحت عنوان (بأي شرع نحكم ؟) ، دعا إلى اتخاذ التشريع الإسلامي أساسًا للتقنين فيها ، ذكر فيها كل أدلة يصح أن يقولها أو يسمعها عاقل ، ولم يترك مأخذًا للحق إلا بيّنه ، وَمنْبَتًا للباطل إلا فنده ، فذهبت صرخة في واد ، ثم ارتفع صوت آخر في محاضرة لفضيلة الأستاذ الزميل الشيخ أحمد محمد شاكر [2] القاضي الشرعي في 3 أبريل سنة 1941 ؛ لم يترك فيها شاردة ولا واردة إلا أتى عليها ، ثم قال في ختامها : « هذه كلمة حق ، وصيحة في واد إن ذهبت اليوم مع الريح لقد تذهب غدًا بالأوتاد » ﴿ فَسَتَذْكُرُونَ مَآ أَقُولُ لَكُمْۚ وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بَصِيرُۢ بِٱلْعِبَادِ ﴾ [3] . وقد أخذ إحساس الأمة يتغير ؛ فأخذت تطالب بجعل التشريع الإسلامي أساسًا للتشريع في البلاد ، ومن يدري لعل اللّه يحدث بعد ذلك أمرًا .

ومن رأيي أن المحاضرات ، والنداءات ، والجمعيات لا تفيد شيئًا في تغيير الحاضر إذ ليس من المعقول أن يتغير التشريع الذي مضى عليه قرابة 100 سنة بين طرفة عين وانتباهتها ؛ أو أن القضاة ورجال القانون ومن إليهم يغيِّرُون رأيهم بعد أن مارسوا العمل بهذه القوانين تلك المدة الطويلة ؛ أو أن قانونًا ترتب عليه تضيع بضياعه . كلا إنما الواجب على أمة تريد تشريعًا يوافق عاداتها وأخلاقها ودينها أن تعمل في مجلسي النواب والشيوخ ، فيتقدم المؤمنون بهذا المبدأ للترشيح على هذا الأساس ويجب أن يتقدم العلماء العاملون ، ويطرحوا رداء الخمول ، ويعملوا للدين والدنيا ،

(1) لم نعثر له على ترجمة .

(2) أحمد محمد شاكر : ولد يوم الجمعة 29 جمادى الآخر 1309 هـ / 29 يناير 1892 م ، قضى من طفولته ثماني سنين بالقاهرة ثم سار إلى السودان مع والده الذي عين في منصب قاضي القضاة بالسودان ، ثم عاد إلى مصر مع أسرته ، فالتحق بالمعهد الديني بالاسكندرية ، حصل على العالمية سنة 1917 ، وعين مدرسًا بمدرسة عثمان ماهر ثم اشتغل بالقضاء فظل به حتى صار عضوًا بالمحكمة الشرعية العليا ، أحيل إلى المعاش سنة 1951 م ، وتوفي سنة 1958 . من أهم آثاره : تحقيق رسالة الشافعي ، تحقيق المسند لأحمد بن حنبل ، نظام الطلاق في الإسلام . انظر : النهضة الإسلامية في سير أعلامها المعاصرين د. محمد رجب البيومي 115/4 : 163 .

(3) سورة غافر الآية رقم 44 .

والأمة ستنصرهم ، وبذلك وحده يتغير التشريع تغييرًا قانونيًا ؛ لأن هذا هو الطريق الطبيعي ، وغير معقول أن يتغير بجرة قلم .

ولنا أمل كبير في الجناب الأعلى المسيطر على عباده أن يهيئ القلوب ، ويوجه الأنفس إلى أن يكون تشريع مصر المسلمة هو الدين الإسلامي ، وحينئذ يفرح المؤمنون بنصر الله . ينصر من يشاء وهو العزيز .

بند [6] أنواع الحكومات

قبل التكلم في القوانين يلزم التحدث أولًا قليلًا في أنواع الحكومات : الشرعية والزمنية حتى يكون القارئ على بينة من ذلك . فالحكومات إما جمهورية ، وإما ملكية . فالجمهورية ما يحكمها غالبًا مجلسان ينتخبهما الشعب لمدة معينة ، ويُنْتَخَب من بين أعضاء المجلسين رئيس للجمهورية لمدة معينة ، يمثل الجمهورية وينفذ القوانين ويُسَيِّر دفة الحكم بواسطة وزرائه ، والتشريع في الجمهورية من حق المجلسين فقط أي إصدار القوانين .

وليس لرئيس الجمهورية إصدار قوانين ولا إلغاء ما صدر عن البرلمان ، وفي هذا تحقيق لفصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية . والحكومة الملكية ما كان الملك في الأمة حاكما مدة الحياة بحق وراثي ، فإن استبد بالأمر وحده ، وجمع بين يديه السلطة التشريعية والتنفيذية فهي حكومة ملكية مطلقة ، والملك هو الذي يصدر القوانين ، وهو الذي ينفذها ويلغيها فهو المشرع والمنفذ .

وإن أشرك الملك معه أمته في الحكم فإن كان اشتراكا حقيقيا بأن كان انتخاب ممثلي الأمة حرًا ، وكان رأي النواب معمولا به منفذا كانت الحكومة ملكية شورية أو دستورية ، فيكون حق سن القوانين والتشريع من حق البرلمان ، فليس للملك أن يفتات على حق البرلمان في التشريع ولا في الإلغاء لما يصدر عن البرلمان ، فيكون الملك هو المهيمن الأعلى والمسيِّر لمصالح الدولة ، وهو الذي يأمر بتنفيذ القوانين .

فإن كانت الأمة تذهب بتشريعها من غير قيد إلى مراعاة مصلحتها الدنيوية فقط بلا نظر إلى أساس ديني فهي حكومة شورية مطلقة ، وإن كانت مقيدة بأساس لا تخرج عنه في تشريعها فهي مقيدة . ومن هنا يتطرق الحديث إلى الحكومات الإسلامية التي تطورت في أشكال كثيرة .

أولًا – في زمن الرسول ﷺ كانت الحكومة شورية مقيدة . بمعنى أن الرسول محمدًا – صلوات اللّه وسلامه عليه – كان يستشير أصحابه في أمور أمته بأمر اللّه له ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ ﴾ (1) ، وبوصف اللّه لهم ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ ﴾ (2) والشورى كانت خاصة بأمور الدنيا وبعض أمور الدين التي لم ينزل فيها تشريع ، أما أساس التشريع فقد كان يبلغه لأمته عن ربه ، فهو دستور الحكم ونظام المجتمع . فلم يفارق الرسول الحياة الدنيا حتى كان التشريع قد بلغ نهايته من نظام محكم لإصلاح المعاش والمعاد ، وكانت آخر آية نزلت من القرآن الحكيم ومات بعدها الرسول ﷺ ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾ (3) .

ثانيًا – بعد وفاة الرسول اجتمع الصحابة اجتماعهم المشهور في السقيفة ، واختاروا أبا بكر (4) ليكون خليفة ، فكان إجماعًا ، ثم عند وفاته أوصى بعمر ، ثم بعد مقتل عمر انتخب عثمان (5) ، ثم بعد مقتله تولى عليٌّ على خلاف بين الصحابة أدى إلى اقتتالهم ، وكل له فريق يناصره ، وله حزب يؤيده وينصره ، وهكذا أصبح الأمر في المسلمين ملكا عضودا يملكه صاحب الحول والطول والذهب ، أو من يبايعونه على تولِّي أمورهم والنظر في شئونهم ، ولله الأمر من قبل ومن بعد .

وكان العمل جاريا على قواعد الدستور الأساسي للإسلام وهو القرآن ، والحديث ، والإجماع ، والقياس ، إلا من شذ من الأمراء والحكام . أما نُظم الحياة فيما لا يتعلق بالدين فكان يضع قواعدها خلفاء المسلمين ، وينفذونها بواسطة ولاتهم في الأقاليم النائية ، وكل من هؤلاء الولاة يعمل بما يراه مصلحة لمحكوميه ،

---

(1) سورة آل عمران الآية رقم 159 . (2) سورة الشورى الآية رقم 38 .

(3) سورة المائدة الآية رقم 3 .

(4) هو أمير المؤمنين وخليفة رسول اللّه ، اسمه عبد اللّه بن أبي قحافة بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي القرشي ، أحب الرجال إلى رسول اللّه وصاحبه يوم الهجرة ، روى عنه كثير من الصحابة والتابعين ، آخرهم أنس بن مالك وطارق بن شهاب . توفي سنة 13 هـ عن ثلاث وستين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء ج 467/2 ، طبقات ابن سعد ج 188/3 .

(5) هو الصحابي الجليل عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس ، أمير المؤمنين ، وأحد السابقين وذو النورين ، وزوج ابنتي الرسول ، وصاحب الهجرتين . روى عن النبي ﷺ وعن الشيخين . قتل ﷺ سنة 35 هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء ج 566/2 طبعة دار الفكر ، طبقات ابن سعد ج 80/3 .

بحيث لا يخرج عن أسس الإسلام فلا يُحِلُّ محرمًا ولا يحرم محللًا مجمعا على تحريمه أو تحليله .

وقد نوَّع حكام المسلمين وخلفاؤهم في طريقة الحكم فمنهم : من حكم بلا استشارة أحد ، ومنهم من حكم برأي أهل الحل والعقد في الدولة – على أن رأيهم كان استشاريا فقط لا يتقيد به ، ومنهم من حكم بمجلس شورى يتقيد بآرائه ، ويترك له وضع نظم الحياة السياسية للأمة . على أنهم جميعًا إلا ما شذ كانوا مقيدين بأصول الشريعة من قرآن ، وسنة ، وإجماع ، وقياس . وإن خير نظم الحكم الإسلامية ما كان متَّبَعًا فيه أساس تشريع القرآن ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ، وتكون الأمة مشتركة في الحكم اشتراكا فعليًا تدير شأنها بنفسها حسب مصلحتها لا يستبد بها وال ، ولا يفرض إرادته عليها سلطان ، وإن هذا بمصر الآن (ما عدا أساس التشريع الإسلامي الكامل) . ففيها ملك محبوب صالح شرك أمته في تحمل تبعات التشريع والسياسة ممثَّلة في مجلسيها ، مشرف عليها إشراف أب بار رحيم ، لا يفتأ يضرب الأمثال للاقتداء به لإسعاد أمته ، حاثًّا على اتباع السنة والدين ، محبًا للعلم والعلماء ، جاهدا ليل نهار في جعل أمته في مقدمة الأمم رقيا ، ورخاء ، ورفاهية ، وعلمًا . مد رواق علمه وكرمه المصري حتى شمل جميع البلاد الإسلامية والمسلمين النائين ليتعلموا العلوم الدينية بالأزهر الشريف والكليات الجامعية على نفقته الخاصة ، وما أكثرها بمصر الآن .

أبقاه اللّه لمصر ذخرًا ولأبناء النيل سعادة وفخرًا ، وجعل أيامه عزًّا ونصرًا ، ذلك هو الفاروق [1] بن فؤاد بن إسماعيل رئيس مصر العزيزة .

أما أن مصر تشريعها الحالي مستمد من التشريع الفرنسي فهذه حالة وُجِدَت بمصر ترتبت عليها حقوق ونظم وأحكام لا حيلة لمن وُجِدَ بعد وجودها إلا تلافيها شيئًا فشيئًا محافظة على النظام الاجتماعي والحقوق المكتسبة منه ، ونرجو من اللّه

(1) الملك فاروق الأول ملك مصر الحادي عشر من أسرة محمد علي ، وهو ابن الملك فؤاد وحفيد الخديوي إسماعيل ، أمه نازلي بنت عبد الرحيم صبري باشا وزير الزراعة ولد بالقاهرة في 11 فبراير 1920 م بدأ تعليمه على يد معلمين خصوصيين في مصر . ثم سافر إلى لندن ثم عاد إلى مصر إثر وفاة أبيه في 28 إبريل 1936 وأقيم على العرش في 6 مايو من العام نفسه . وتنازل عن العرش بعد تسلمه إنذارًا من قادة الثورة في 26 يوليو 1952 وتوفي بمدينة روما بإيطاليا في 18 مارس 1965 ونقل جثمانه ودفن بالقاهرة . القاموس السياسي لأحمد عطية اللّه 1052 : 1054 .

ﷺ أن يحقق آمالنا في ظل جلالة ملكنا الصالح مِنْ جَعْل التشريع الإسلامي أساسا لتشريعنا ؛ لتكون مصر حقا زعيمة الشرق العربي دينها الرسمي الإسلام .

بند [7] نظرة عامة في القوانين

القانون الفرنسي : اتبعت في وضع هذا المؤلَّف نظام ترتيب الفقه الفرنسي وجعلته أصلا في المقارنة .

صفات القانون :

القانون كل عمل صادر عن السلطة التشريعية مشتملًا على قواعد مستديمة عامة . فيجب في القانون أمران :

(أ) صدوره عن السلطة التشريعية .

(ب) أن يحتوي على قواعد عامة ومستديمة .

قانون بمرسوم : قد تصدر السلطة التنفيذية أمرا فيه قواعد عامة مستديمة ، ويكون له قوة القانون ، وذلك عند تعطيل السلطة التشريعية ، فتباشر السلطة التنفيذية السلطة التشريعية أيضًا .

أقسام القانون من جهة الأهمية :

(أ) القانون الدستوري أو قانون نظام الحكم ، وهو الذي يحدد شكل الحكومة ، ومدى سلطانها ، ويصدُر عن جمعية عمومية من مجلسي النواب والشيوخ ، ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا بعد قبول ذلك من كل مجلس منفردا أولًا .

(ب) القانون العادي ، وهو ما يقبله كل مجلس منفردا ، ويمكنه إعادة النظر فيه كذلك ، ثم يوافق عليه المجلس الآخر .

(ج) القانون الترتيبي أو النظامي ، ولا يختلف عن القانون العادي ، إلا أنه ينظم شيئا معينا كقوانين الانتخاب ومجلس شورى الدولة .

بند [8] صفات القانون

التشريع الإسلامي : المراد بالقانون مجموع أحكام تُطَبق على الحوادث : كالسارق تقطع يده ، والزاني يجلد أو يرجم ، والقاذف يجلد . فإذا جمعت مثل

هذه الأحكام بشروط تطبيقها في كتاب واحد سميت قانونًا ، ولهذا سُمِّي القرآن قانونًا سماويًّا لجمعه أحكامًا لا حصر لها ، وهي قواعد عامة مستديمة ، لم يخص بها أشخاص دون آخرين ، ولم تكن مؤقتة . وقد اجتمع فيه الأمران : صدوره عن السلطة التشريعية ، واحتواؤه على قواعد عامة ، وهكذا يقال فيما أخذ عن السنة والإجماع والقياس من الأحكام .

أما القانون بمرسوم فتجب طاعته واعتباره واجب النفاذ ما دام صادرًا عمن يملك إصداره شرعًا إلا إذا حرم حلالًا أو حلل حرامًا مجمعًا عليه لقول الرسول : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق [1] » ؛ لأن طاعة أولي الأمر واجبة لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ ﴾ [2] .

ولا خلاف بين التشريع السماوي والوضعي في كنه القانون ولا ما يجب أن يكون عليه .

القانون من جهة أهميته :

(أ) القانون الدستوري أو قانون نظام الحكم ، وهو الذي يبين الأحكام المحددة ، ويعرف أصول الأحكام بنص صريح من كتاب أو إجماع أو قياس . وصدر فعلا القرآن عن رب السموات العلى ، والسنة عن رسول الله الأمين ، والإجماع والقياس عن المجتهدين من الصحابة والأئمة . ولا يمكن إعادة النظر فيما تحدد من أحكام بنصوص قاطعة لا تحتمل التأويل والاجتهاد : كقطع يد السارق ، وقتل القاتل ، ورجم الزاني أو جلده مثلا ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ ﴾ [3] ، وإنه بموت الرسول انقطع الوحي ، وكَمُل الدين بأسسه القويمة .

(ب) القانون العادي وهو ما يسنه أولو الأمر أو من يملك ذلك لتنظيم ناحية اجتماعية للأمة : كقانون ربط ضريبة الأطيان عن الفدان كذا في مديرية كذا ، أو تنظيم إدارة البلاد والقرى ، وتخصيص القضاء والإدارة .. إلخ ، ويمكن إعادة النظر فيها بما يوافق المصلحة بشرط عدم مخالفة أصول الدين ، ويدخل فيه القانون النظامي .

---

(1) الترمذي : الجهاد باب 29 ، مسند أحمد 3966 ، 21195 ، 21198 .

(2) سورة النساء الآية رقم 59 . (3) سورة الحشر الآية رقم 7 .

بند [9] قوة القوانين التنفيذية

القانون الفرنسي :

(أ) قوانين حتمية ، وهي التي لا يمكن لأي شخص الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالصالح العام أو الآداب العامة .

(ب) قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية ، وهي التي ترتب النتائج القضائية على اتفاقات الأشخاص عند اختلاف وجهة نظر المتعاقدين ، ويمكن للمتعاقدين اشتراط ما يخالفها ، وهذا كتطبيق القانون المدني في العقود والالتزامات :

العقاب الذي يضمن تنفيذ القانون :

(أ) قانون يعاقب بإلغاء نفس العمل الذي لم يستوف شروطه القانونية كزواج من دون السن القانوني .

(ب) قانون يعاقب بغرامة على من ارتكب مخالفة كمن عقد الزواج بدون إعلان .

أوامر تشبه القانون : تصدر عن السلطة التنفيذية أوامر تشبه القانون ، وليست قانونًا ، بل هي قواعد نظامية ، وتخالف القانون فيما يأتي :

1 – القانون يصدر عن السلطة التشريعية ، وهذه تصدر عن السلطة التنفيذية .

2 – القانون يلغي قانونًا آخر أو يزيده ، وهذه لتنظيم تنفيذ القانون .

3 – يمكن للمحاكم الامتناع عن تنفيذ القواعد النظامية بدعوى عدم قانونيتها . والذي يملك إصدار هذه القواعد النظامية هم رئيس الجمهورية للقطر كله ، والمدير في مديريته ، والعمدة في بلدته فقط .

بند [10] التشريع الإسلامي

من القوانين ما هي حتمية حقيقة ، ولا يمكن لأحد الخروج عليها ولا الاتفاق على ما يخالفها كتحريم الربا ، والزنى ، واللواط ، والميسر إلخ ، فلا يمكن لأحد التعاقد على مخالفة ذلك ، ولا يقتصر المنع على عدم الصحة والبطلان أصالة ، بل لو اعتقد المتعاقدان أو أحدهما حل ذلك كفر ، وخرج عن الدين .

وأما القوانين المبيحة فهي التي في نصوصها اجتهاد ، وليس النص فيها قطعيًا في الدلالة على نفس الحكم ؛ فيجوز مخالفتها بما لا يخالف كتابًا أو سنة أو إجماعًا ، وذلك كمواضع اختلاف المجتهدين .

والقواعد العامة في التشريع الإسلامي تقضي ببطلان نفس العمل الذي لم يستوف شروط صحته القانونية كعقد النكاح على ذات زوج .

وبما أن المال بعد النفس ، وأخذه يؤلم صاحبه خصوصًا إذا كان شحيحًا لحيحًا ؛ ورأى الحاكم أن يفرض عقوبة مالية فيما ليس فيه عقوبة مقررة شرعًا محدودة ؛ فلا مانع عندي من فرض عقوبة مالية على من لم يُبْلِغ عن قدر رأس مال تجارته لاستيفاء الضريبة منه مثلًا ، وأرى أن هذا من قبيل المصالح المرسلة .

وأمر الملك في مقر ملكه للقطر كله ، وأمر الوالي في عاصمة إقليمه ، وأمر نائب الوالي في قريته واجب النفاذ والطاعة ، وإن كان لم يصدر عن جهة تشريعية تملك ذلك بشرط ألا تخالف أصول الدين ؛ لأنه يجب على الحكام النظر فيما يُصْلِح حال مرءوسيهم من رفع الضرر وجلب النفع ، وإلا كانوا مقصرين « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » (1) .

وقد تكون هذه الأوامر والنظم محلية ، وقد تكون عامة كأمر حراسة النيل لدفع ضرره ، ومكافحة الجراد لاتقاء أذاه مثلًا . وقد تكون هذه الأوامر قانونًا في حالة جمع السلطة التشريعية والتنفيذية في يد الملك .

ولا يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تنفيذ أمر ولي الأمر إلا إذا خالف الكتاب أو السنة إلخ لقول الرسول في أصول التشريع : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » (2) ، ومخالفة أحد هذه الأصول معصية كبيرة .

بند [11] عمل القوانين

القانون الفرنسي : يجوز لرئيس الجمهورية أن يقدم للبرلمان مشروع قانون ، ويجوز لأي نائب أو شيخ تقديم اقتراح بقانون فيُبْحث في اللجان ، ثم في البرلمان

---

(1) صحيح البخاري الجمعة باب 11 .

(2) الترمذي : الجهاد باب 29 ، مسند أحمد 3966 ، 21195 ، 21198 .

بصفة علنية ، ثم ينقل إلى المجلس الثاني ، فإن صادق عليه كما هو أصبح قانونًا وإلا رُدَّ للمجلس الأول لإعادة نظره وهكذا حتى يتفق المجلسان على نصوصه ، ومتى تم القانون فعلى رئيس الجمهورية إعلانه بالصيغة القانونية ، وحينئذ يجب العمل به حسب شروطه .

وتاريخ القانون يعتبر من يوم إعلانه في الجريدة الرسمية ولو كان منصوصًا على العمل به في زمن معين .

تطبيق القوانين وشرحها : يتولى تطبيق القانون القوة التنفيذية بوضع قواعد التنفيذ ، وتتولى تنفيذ الأحكام القضائية بالقوة الجبرية ، وتنفذ المحاكم القوانين بواسطة قضاتها ، وليس لهم حق الامتناع عن الحكم ، ويشرح القانون علماء التشريع في كتبهم وفي محاضراتهم ، وقضاة المحاكم في أحكامهم وقراراتهم ، ونفس الهيئة التشريعية ويكون تفسيرها قانونًا ملزمًا للكل .

بند [12] التشريع الإسلامي

القوانين في التشريع الإسلامي قسمان : الأول أساس الحكم وقواعد الدين ، وهي الأحكام التي ذُكِرَت في القرآن الكريم وفسرت بالسنة المحمدية أو ذكرت فيها ، وهذه تمت فلا تغيير فيها ولا تبديل بوفاة الرسول ﷺ الذي أدى رسالة ربه كاملة ، والثاني ما جد في هذه الحياة مع مر الدهور ، ولم يكن في صدر الإسلام ، واقتضته نظم المجتمع ؛ فتتطلب تشريعًا يلتزم الناس حدوده ولا يتعدون مراسيمه ، وهذه يأمر بها الدين بشرط ألا تحل حرامًا ، ولا تحرم حلالًا مجمعًا عليه كقانون استعمال اللغة العربية مثلًا ، فإنه يوافق أصول الدين .

وأما طريق عمل هذه القوانين فيرجع إلى أصل الحكم في البلد الإسلامي ، فإن اشترك الشعب في التشريع وجب أن يكون القانون من عمله ممثلًا فيه إرادته ، وإن اختص الحاكم بالتشريع فهو الذي يشرع لرعيته ، ويجب عليهم طاعته بشرط مراعاة أصول التشريع الإسلامي .

والذي يتولى تطبيق القانون الإسلامي هم ولاة الأمور بواسطة أعوانهم ، وأول من نفذه بعد الرسول أبو بكر الصديق فيمن منعوا الزكاة فقاتلهم حتى عادوا لأدائها ، وقد عابه بعض الصحابة لقتاله المسلمين فقال : « واللّه لو منعوني عقال

بعير كانوا يؤدونها لرسول الله لقاتلتهم حتى يؤدوها » فأقره الصحابة إجماعًا بعد أن رأوا أن الحق في جانبه ، وقد نفذ عمر بن الخطاب ﷺ حكم الجلد في ولده حين اعترف بالزنى ، وقد منعه من شرب الماء الذي طلبه أثناء إقامة الحد عليه ، فتكلم بعض الناس بأن هذه قسوة . فقال عمر : « اقرءوا قول الله ﷻ : ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ (1) » فمات ظمآنا فأمر بإكمال الحد عليه .

وكان تنفيذ الأحكام الشرعية في عهد الرسول ﷺ بمعرفته يأمر بتنفيذها في محل دعوته ، وبمعرفة نوابه ورسله وحكامه في المدن النائية ، والعمل جار على ذلك لليوم في تنفيذ القوانين بمعرفة ولي الأمر بواسطة وزرائه ونوابه في الحكم ، سواء أكان تنفيذًا مباشرًا للقانون أو تنفيذًا لحكم نتج عن قانون حكم به من ولي القضاء .

ويتولى القضاة تنفيذ القوانين بتطبيقها على الحوادث التي تقدم إليهم للحكم . وأول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية هو عمر بن الخطاب ﷺ ؛ فقد كان القاضي هو المنفذ في صدر الإسلام ، فكان الرسول يقضي بما أمر الله ، ثم ينفذ بما حكم بواسطة أصحابه . وأما قضاؤه في الأمور المدنية فكان ينفذ باعتقاد أن من خالف حكم الرسول كان كافرًا مصداقًا لقول الله ﷻ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (2) .

ثم تابعه أبو بكر الصديق ﷺ ، ثم لما ولي عمر ﷺ اتسع الإسلام وانتشر في بقاع نائية فلم يجد مفرًّا من مجاراة الظروف ، والتمشي مع ما تتطلبه الحالة الاجتماعية ، فعين قضاة للأقطار البعيدة يحكمون بين الناس بما أنزل الله بجوار الحكام المدنيين . وقد عينَّ أبا موسى الأشعري (3) ضمن قضاته ، وكتب له كتابًا

(1) سورة النور الآية رقم 2 . (2) سورة النساء الآية رقم 65 .

(3) أبو موسى الأشعري : هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حَضَّار بن حرب . صاحب رسول الله ﷺ . حدث عنه أبو أمامة الباهلي ، وأبو سعيد الخدري ، وأنس بن مالك وخلق سواهم ، وهو معدود فيمن قرأ على النبي ﷺ أقرأ أهل البصرة ، وفقّهَهُم في الدين دعا له رسول الله ﷺ فقال : [اللّهم اغفر لعبد الله بن قيس ذنبه ، وأدخله يوم القيامة مدخلًا كريمًا] وقد استعمله النبي ﷺ ومعاذًا على زبيد ، وعدن ، وولي الكوفة ، وإمرة

=

هو ناموس الحكم ونبراس القضاء [1] ، قال فيه :

« أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أُدْلي إليك ، فإنه لا ينفع تكلُّم بحق لا نفاذ له ، آسِ [2] بين الناس في مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف في حَيْفِك [3] ، ولا يخاف ضعيف من جورِك . البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر ، والصُلْح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حرامًا .

ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك ، وهُدِيت فيه لرشدك أن ترجع عنه ؛ فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل .

الفهم الفهم عندما يتلَجْلَج [4] في صدرك مما لم يَبْلُغْك من كتاب اللّه ولا سنة النبي ﷺ ، اعرف الأمثال والأشباه ، وقِسْ الأمور عند ذلك ، ثم اعْمَد إلى أحبها إلى اللّه وأشبهها بالحق فيما ترى ، واجعل للمدَّعي حقًّا غائبًا أو بينة أمدًا ينتهي إليه ، فإن أحضر بينته أخذت له بحقه ؛ وإلا وجَّهْت عليه القضاء ، فإن ذلك أجلى للشك وأجلى للعمى وأبلغ في العذر .

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في حد أو مُجَرَّبًا عليه شهادة زور أو ظَنِينًا [5] في ولاء أو قرابة ، فإن اللّه قد تولى منكم السراير ، ودرأ عنكم الشبهات . ثم إياك القلق ، والضجر ، والتأذِّي بالناس ، والتنكر للخصوم في

= البصرة لعمر . قال داود عن الشعبي : قضاة الأمة : عمر ، وعلي ، وزيد ، وأبو موسى . وكان عمر ﷺ إذا رأى أبا موسى ، قال : ذكرنا يا أبا موسى فيقرأ عنده . وقد اختلف في وفاته فقيل : توفي سنة 42 ، وقيل : 43 ، وقيل : 52 . والصحيح أنه توفي في ذي الحجة سنة 44 . سير أعلام النبلاء 4/ 44 : 57 .

(1) ناموس الحكم : النَّامُوسُ : وعاءُ العلم ، والناموس صاحب سر الملك أو الرجل الذي يُطْلِعُهُ على سره وباطن أمره ، وقيل الناموس : السِّرُّ . لسان العرب مادة (نمس) 4547/6 نبراس القضاء : - النِّبْرَاسُ : هو المصباح لسان العرب مادة (برس) 257/1 .

(2) أي سوِّ بينهم واجعل كُلَّ واحدٍ منهم إسوة خصمه . وتأسوا أي آسي بعضهم بعضًا . لسان العرب مادة آس 83 .

(3) حيفك : أي في ميلك معه لشرفه ، والحيف الجور والظلم . لسان العرب مادة (حيف) 1072/2 .

(4) يتلجلج : أي تردد في صدرك وقلق ولم يستقر . لسان العرب مادة (لجلج) 4000/5 .

(5) الظَّنينُ : المتَّهم الذي تظن به التهمة ، ومصدره الظِّنَّةُ والجمع الظنن . لسان العرب مادة (ظنن) 2763/4 .

مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ، ويُحسِن بها الذخر ، فإنه من يخْلِص بها نيته فيما بينه وبين الله (تبارك وتعالى) ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزيَّن للناس بما يعلم الله خلافه منه هتك الله ستره وأبدى فعله والسلام (1) .

هذا قانون العدل والقضاء بين الناس سَنَّه عمر ﷺ أَخْذًا من التشريع الإسلامي منذ 1340 عامًا يوم أن كانت أوربا في ضلال وجهالة ، ويقول الجهلاء والملحدون : « إن التشريع الإسلامي منقول عن القوانين الوضعية » ألا ساء ما يحكمون !!! ومتى استوفى القاضي صحة الدعوى وحجة إثباتها وصحتها وجب عليه الحكم فورًا إلا في ثلاث : خَوْف رَيْبَة ، أو رجاء صلح أقارب ، أو استمهل المدعى . فلو امتنع بعد ذلك فهو آثم لتركه الفرض ، واستحق العزل لفسقه ، وعُزِّر لارتكابه مالا يجوز شرعا ، وكفر إن لم يعتقده فرضًا عليه .

والذي يشرح القانون ويبينه أولًا هو الرسول للقرآن ﴿ وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾ (2) ، ثم الذي يشرح السنة هم الصحابة والمجتهدون بما درسوا من أصول التشريع من عام وخاص ، ومطلق ومقيد ، وناسخ ومنسوخ إلخ ، ثم اجتهاد القضاة عند تطبيق الأحكام على الحوادث ، ثم من أصدر القانون له شرحه أيضًا ، ويكون تبعًا لأصله واجب الطاعة .

بند [13] إلغاء القوانين

القانون الفرنسي : إلغاء القانون هو وجوب العمل به إما بإلغائه فقط ، وإما بالتعويض عنه بقانون يخالفه ، والذي يملك إلغاء القانون هو السلطة التي تملك عمله فلا تلغي السلطة التنفيذية قانونًا ولا التشريعية أمرًا إداريًّا ، والإلغاء إما بالمنطوق كالنص على إلغاء قانون سابق في آخر لاحق ، وإما بالمفهوم كتضمين قانون لاحق أحكامًا تناقض قانونًا سابقًا . وأما إهمال العمل بقانون فلا يلغيه ، بل يحتفظ دائمًا بقوته القانونية وبوجوب العمل به .

القوانين لا ينسحب أثرها على الماضي ، فلا يطبق القانون على عمل ثم قبل وجوب نفاذ القانون ، وهذا مفروض على القضاة عند تطبيق القانون .

---

(1) أثر مشهور .

(2) سورة النحل الآية رقم 44 .

أما السلطة التشريعية فلها الحق الكامل أن تنص في القانون على أنه يُعْمَل به من تاريخ سابق ، وذلك للضرورة نظرا لمصلحة عامة ، وتطبيق هذه القاعدة كالآتي :

1 - القانون المفسر لقانون سابق يعمل به كالقانون السابق بلا تفرقة .

2 - قوانين الحقوق العامة كالدستوري والنظامي ، ونظام القضاء ، والاختصاص ، والمرافعات تطبق على حوادث سابقة على صدورها بشرط ألا تمس حقًّا مكتسبًا لأحد بموجب القانون السابق .

3 - القوانين الخاصة بالأعمال القضائية : كشروط الصحة ، وقواعد الشكل ، والأدلة ، يجب تطبيق قانونها الجاري العمل به وقت وجودها .

4 - القوانين الخاصة بحالة الشخص المدنية من زواج وتَبَنٍّ ، واعتراف ببنوة ، وجنسية إلخ يطبق القانون الحالي بالنسبة إلى شروط الصحة في هذه الأشياء .

5 - القوانين الخاصة بأهلية الأشخاص الشرعية : يُعْمَل بالقوانين الحاضرة إذا كان في تطبيقها حقوق مكتسبة .

6 - القوانين الخاصة بالأملاك : ما يتعلق منها بالملكية ينفذ في الحال ، وما يتعلق بالميراث فإن كان مفتوحًا للتوزيع ومستحقًّا للورثة فيطبق القانون القديم ، وإن لم يكن مفتوحًا وصدر القانون فيُعْمَل بالجديد ، وما يتعلق بمضي المدة فيعمل بالقديم فيما تمت إجرءاته ، وبالجديد فيما لم تتم إجراءاته حتى صدوره .

7 - القانون الجنائي لا يُعْمَل به في الماضي مطلقًا إلا إذا كان القانون الجديد خفف العقاب عن القديم .

بند [14] إلغاء القوانين

التشريع الإسلامي : سُنَّةُ التدرج في الهيئة الاجتماعية نحو الكمال تقتضي البحث عن المثل العليا وعن العدالة ، وتقتضي التنقيب عن الأحسن فالأحسن ، وقد كان ذلك في أول التشريع ، فكانت تنزل الآية القرآنية وفيها الحكم فيعمل به ، ثم تنزل آية أخرى تنسخها وتبطل العمل بهذا الحكم ، أو تعدله ، أو تبدله ، أو يقول الرسول ﷺ قولًا فيه تشريع ، ثم يعدل عنه إلى ما يخالفه لما فيه الأصلح ،

وهذه سنة التشريع التدريجية ، أنزل الله ﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ ... ﴾ [1] الآية نزلت في الصيام فكان من يطيق الصيام من المسلمين يحل له الفطر نظير فدية كإطعام مسكين فلم يكن الأمر موجبًا الصيام الحتمي ، ثم أنزل الله بعدها ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [2] فنسخت الحكم في الآية الأولى ، وأوجبت الصيام حتمًا على من شهد الشهر - أي وكان مقيمًا صحيحًا قادرًا شرعًا على الصيام - وللمريض والمسافر حكم يخصه بالإعفاء ، وكحديث الرسول « إنما الماء من الماء » [3] في الغسل ، وحديث « إذا أعجلت أو أقحطت فلا غسل » [4] ، ومعناهما أن من جامع ولم ينزل لسبب أعجله أو لعدم تيسر مادة المني لضعف أو إفراط مثلًا فلا غسل عليه ، ثم أراد نسخ التشريع الأول بأمر الله فقال : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » [5] . فوجب الغسل متى التقى ختان الرجل بخفاض المرأة ولو لم ينزل ، وكنكاح المتعة فإنه كان جائزًا في زمن الرسول وزمن أبي بكر ، ومنعه عمر ؛ لأن علة إباحته قد انتفت ، وهو عدم انتشار المسلمين وإقامتهم في غالب البقاع التي افتتحوها ، فكانوا لا يقر لهم قرار في بلد فتحوها إلا رحلوا عنها لأخرى جهادًا في سبيل الله .

والإلغاء والنسخ كان من نفس المشرع صاحب القانون السماوي أو من نبيه ﷺ لما وضعه هو من قواعد . ويجوز شرعًا العدول عن قانون وضعي إلى غيره فيه مصلحة للناس بشرط عدم الخروج عن أصول التشريع الإسلامي .

والذي ينسخ هو صاحب الحق في التشريع ، ومن عهد فصل سلطة القضاء عن الإدارة في زمن عمر بن الخطاب لم يتعرض قاض لغير الحكم ولم يتعرض حاكم أو وال لتعطيل تنفيذ الحكم الصادر عن الهيئة القضائية .

والنسخ كما يكون كليًا يكون جزئيًا ، وكما يكون بإبدال المنسوخ بناسخ

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 184 . (2) سورة البقرة الآية رقم 185 .

(3) مسلم : الحيض باب 21 ، الترمذي : الطهارة باب 81 .

(4) رواه أبو سعيد الخدري في مسلم : كتاب الحيض باب 21 الترمذي : كتاب الطهارة باب 82 وابن ماجه الطهارة وسننها باب 110 . ومعنى أقحطت أي ينتشر ثم يفتر قبل أن ينزل وهو من أقحط الناس إذا لم يمطروا . لسان العرب مادة (قحط) 3537/5 .

(5) الترمذي : الطهارة باب 80 ، ابن ماجه : الطهارة وسننها باب 111 .

يكون بإدخاله في حكم آخر [1] .

وعدم تطبيق الحكم على حادثة أو عدم وجود حادثة يطبق عليها لا يلغي القانون يعني الحكم ، فلو فرض أنه لم يوجد قاتل مدة طويلة فلا يلغي القصاص ، بل هو قائم معمول به من أحكام القانون الإسلامي .

عدم تطبيق القانون على الماضي– هذه قاعدة عامة لقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [2] ، وقوله : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [3] .

ولم يعرف في الإسلام قانون طبق على الماضي في حكم من الأحكام . وقد نص العلماء المتأخرون على جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ؛ فلو أمر ولي الأمر أن دعوى كذا لا تسمع عن الوقائع السابقة والتي تم فيها الفصل فلا تسمع [4] .

وكل ما يشرع لنظم الحياة ، وليس فيه حكم من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يصح أن يطبَّق على حوادث سابقة متى نص المشرع على ذلك بشرط ألا تمس حقًّا مكتسبًا . أما الأحكام المنصوص عليها في أسس التشريع الإسلامي فقد تم وضعها من الخالق فلا يصح للمخلوق تغييرها ، وكل تشريع لا يحرم حلالًا ، ولا يحل حرامًا ، ولا يخالف أصلًا من أصول الدين مجمعًا عليه فهو جائز ، ولا حرج في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادث .

وإذا حدد البلوغ الشرعي في المعاملات بـ 19 سنة عملًا بقول بعض المجتهدين ، ثم بلغ شخص هذه السن ، وتعامل بشخصه بيعًا وشراء مثلًا ، ثم رأى ولي الأمر

---

(1) تناولت المادة الثانية من مشروع تطابق القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية موضوع إلغاء النصوص التشريعية وتعديلها بما يتفق مع قواعد النسخ المقررة في علم أصول الفقه . انظر : المذكرة الإيضاحية المادة المذكورة .

(2) سورة الإسراء الآية رقم 15 . (3) سورة النساء الآية رقم 22 .

(4) تتفق هذه المعاني مع ما جاء في المادة الخامسة من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، فلا تسري على ما سبق من الوقائع مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك » ، وما جاء في هذه المادة يتفق مع الأصل الشرعي الذي يقضي بأن التكليف لا يكون إلا بعد ورود الخطاب الشرعي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

أن من بلغ 19 سنة يمكن أن يُخْدَع ؛ فأمر بأن سن البلوغ الشرعي في المال 21 سنة ، فلا يرجع هذا الحكم للماضي فتصرُّف هذا الشخص الذي بلغ 19 سنة صحيح ، وقد ترتب على تصرفه حقوق له وعليه فهي نافذة ، ويسري الحكم الجديد على المستقبل فقط [1] .

والقانون الخاص بنفس الملكية يطبق على الحوادث الحاضرة لا الماضية فلو أمر ولي الأمر أن الملكية لا تثبت بالنسبة للشخص الثالث إلا إذا سُجِّلَت ، وكان قبل ذلك تثبت الملكية بعقد عرفي ضد الشخص الثالث فإنه ينفذ القانون الجديد حالًا ولا يُعْمَل به في الماضي ، وكذلك ما يتعلق بسقوط المدة من حيث تقييد القضاء بالسماع وعدم السماع في مدة مخصوصة فيعمل بالقديم فيما تم النظر فيه ، ويعمل بالجديد فيما عدا ذلك .

أما القانون الجنائي فما كان محددا بكتاب أو سنة أو إجماع فقد تم أمره فيعمل به حتمًا ولا اجتهاد فيه ، وأما ما كان فيه للحاكم تقدير أو سياسة في الحكم فيجوز فيها التغيير والتبديل كما إذا أمر ولي الأمر أن من يوجد ليلًا في محل ريبة ، ولا عمل له يرتزق منه يجلد ، ثم يغرب مثلًا ، ثم رأى الاكتفاء بالجلد أو التغريب ؛ فيعمل بالجديد من وقت صدوره ، ويعتبر تخصيصًا للقضاء .

بند [15] تطبيق القوانين الفرنسية

القانون الفرنسي : القوانين الخاصة بالبوليس والأمن العام تطبق على جميع المقيمين على الأرض الفرنسية بلا فارق بين أجنبي أو فرنسي .

والقوانين المتعلقة بالنظام العام من الأحوال الشخصية كزواج غير واحدة تطبق على الجميع أيضًا .

والقوانين المتعلقة بالأهلية أو بالأحوال الشخصية تطبق على الفرنسيين فقط دون الأجانب . والقوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية (كل ملك شخص لعقار) تسري عليه القوانين الفرنسية ، والمنقول يطبق عليه القوانين الفرنسية أيضًا

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة السابعة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والسند الشرعي لهذه المادة هو ما تقدم ذكره قبل قليل . انظر : المذكرة الإيضاحية للمشروع المذكور ، المادة المذكورة .

خصوصًا القاعدة (وضع اليد دليل الملكية) إلا إذا كان المنقول ضمن ميراث . فيطبق عليه قانون التركة وهو محل وجودها .

والقوانين المتعلقة بأهلية الشخص ينفذ القانون الفرنسي على الفرنسي فقط ، ولو كان خارجًا عن أرض فرنسا فيكون عمله قانونيًا في فرنسا .

ويرى علماء القانون تطبيق قانون الأجنبي في أحواله الشخصية بشرط عدم مخالفته للقانون الفرنسي فيما يعتبر من النظام العام كزواج المسلم بغير واحدة على أرض فرنسا فهو ممنوع .

والقوانين الخاصة بالشروط المطلوبة في الإشهادات القضائية يعمل بما هو مطلوب قانونًا بقانون محل سماع الإشهاد .

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاق تسري أولًا شروط المتعاقدين فيما اتفقا عليه ، وإلا فيسري قانون محل التعاقد .

بند [16] تطبيق القوانين الإسلامية

التشريع الإسلامي : القوانين المتعلقة بالأمن والنظام تطبق على جميع أرض المسلمين بلا فرق بين مسلم وغيره (وطني أو أجنبي) .

والقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية تطبق على المسلمين وعلى من تحاكم إلينا من غير المسلمين . وأما الزواج الممنوع في التشريع الإسلامي كجمع بنت وعمتها أو زواج بنت الأخ [1] والجائز في شريعة الذمي (النصراني أو اليهودي المؤمن) فلا

---

(1) أما الأخت فهي كل أنثى ولدها أبوك وأمك أو أحدهما . وبنات الأخ وبنات الأخت كبناتك منك . الوسيط 102/5 .

جاء في حاشية الدسوقي قوله (وحلت الأخت إلخ) يعني أنه إذا اعتمد على امرأة أو تلذذ بأمته فلا يحل له التلذذ بأختها أو عمتها مثلًا بنكاح أو ملك إلا إذا أبان الأولى إن كانت منكوحة أو أزال ملكها إن كانت أمة حاشية الدسوقي 255/2 وجاء في الخرشي : اعلم أن الجمع بين المرأتين إما أن يكون بنكاح كما مر ، وإما بنكاح وملك يمين ... والمعنى أنه لا يجوز الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها في الوطء الخرشي 212/3 .

وجاء في المدونة الكبرى (قلت) أرأيت نكاح أهل الشرك وطلاقهم إذا أسلموا أتجيزه فيما بينهم في قول مالك (قال) كل نكاح في الشرك جائز فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وكان قد دخل بها ولا يفرق بينهما ؛ لأن نكاح أهل الشرك ليس كنكاح أهل الإسلام (قلت) أرأيت الذميين الصغيرين إذا تزوجا بغير إذن الآباء أو زوَّجهما غير الآباء فأسلما بعد ما كبرا أيفرق بينهما أم يقرهما على نكاحهما ؟ (قال) لم أسمع من مالك فيه =

يتعرض له التشريع الإسلامي ، بل يقرهم عليه .

والقوانين المتعلقة بالنظام العام كالدعوة لدين يخالف الإسلام أو الإخلال بالأمن العام فيجب على الذميين عدم الخروج على هذا النظام [1] .

فالإسلام دين سمح لا تعصب فيه لغير الحق ، قد ترك أهل الذمة يتعاملون فيما بينهم بأحوالهم الشخصية . وأما القوانين الفرنسية فلا تسمح للمسلمين في بلادهم بزواج غير واحدة . وأما القوانين الخاصة بالأملاك الشخصية العقارية فتسري قوانين البلاد الإسلامية على الجميع بلا فرق بين ذمي ومسلم ، وكذلك في المنقول متى تحاكموا إلينا .

ويطبق قانون الميراث على المسلمين أصالة ، وعلى الذميين إذا تحاكموا إلينا . ولا ميراث بين ذمي ومسلم ، ولا بين مسلم وذمي [2] .

والقوانين المتعلقة بأهلية الأشخاص [3] تختص بالمسلمين في أرضهم وفي خارج

= شيئًا وأرى نكاحهما جائزًا ولا ينبغي أن يعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم ؛ لأن نكاح أهل الشرك أشر من هذا فنكاحهم ليس كنكاح أهل الإسلام فلا يعرض لهم في نكاحهم إلا أن يكون تزوج من لا تحل له فيفرق بينهما . المدونة الكبرى 218/2 ، 219 .

(1) هذه الفقرة تقابل المادة الثانية عشرة من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « يسري على الحالة المدنية للشخص وأهليته قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته . ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تتم في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان من باشر التصرف أجنبيًا ناقص الأهلية وفقا لقانونه ، ولكنه يعتبر كامل الأهلية طبقا للقانون المصري ، فإن هذا القانون هو الذي يسري » .

(2) جاء في المدونة الكبرى 87/3 وما بعدها (قلت) أرأيت أهل الملك من أهل الكفر هل يتوارثون في قول مالك (قال) ما سمعت من قول مالك فيه شيئًا ولا أرى أن يتوارثوا وقد سمعت من غير مالك أنهم لا يتوارثون (ابن وهب) وأخبرني الخليل بن مرة عن قتادة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله ﷺ « أنه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر ولا يتوارث أهل ملتين شتّى (قلت) أرأيت أهل الذمة إذا تظالموا في مواريثهم هل تردهم عن ظلمهم في قول مالك (قال) لا يعرض لهم (قلت) وتحكم بينهم بحكم الإسلام (قال) إذا رضوا بذلك حكمت بينهم بحكم أهل الإسلام . قال ابن الصلاح : وكذلك إذا ترافعوا إلينا هل يجب الحكم بينهم ؟ ... أنه يجب علينا دفع أذى بعضهم عن بعض . فإن الذمي في قبضتنا كالمسلم . المشكل ج 2 ق 134 والوسيط 80/7 وجاء في المغني لابن قدامة 509/4 وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغًا في حق المسلمين كالاحتلام والسن .

(3) أهلية الأشخاص : هي صفة تمكن الشخص قانونًا من الالتزام ، والأهلية هي الأصل وعدم الأهلية هو الاستثناء .

بلادهم ، وتطبق على الذميين متى تحاكموا إلينا ، فتكون عقود المسلمين باطلة في غير وطنهم مثل وطنهم متى خالفت النصوص بالأهلية الشرعية . ويطبق قانون الأحوال الشخصية للذميين بينهم ، ولو خالف التشريع الإسلامي فلا نتعرض إليهم كزواج بنت الأخ (1) .

والإشهادات القضائية إن كانت المعاملات عامة بين مسلم وذمي أو بين ذميين وتحاكموا إلينا أو بين مسلمين تعين استيفاء الشروط المطلوبة لنفس هذا العقد ، وإن كانت لعقود خاصة كزواج فالعبرة بشروط الصحة عند الطرفين ، ويقرهم الإسلام على عقودهم (2) .

والقوانين الخاصة بتنفيذ العقود وبالاتفاقات تسري أولًا شروط المتعاقدين التي لا تخالف الشريعة في قواعدها العامة من تحليل حرام أو العكس بالنسبة للمسلمين ، وبلا قيد للذميين ، فإذا لم يتفقا فالعرف والعادة محكَّمان فيما لا نص فيه .

بند [17] الشخصية القانونية

القانون الفرنسي : الشخصية القانونية هي كل كائن له حقوق ، وعليه واجبات ، والشخصية القانونية قسمان : شخصية جِسْمَانية ، وهو الشخص الحقيقي ، وشخصية معنوية ، وهي ما تكوَّن من أشخاص حقيقيين كالحكومة والبلديات والجمعيات إلخ .

ويشترط لوجود الشخصية الحقيقية أن يولد الشخص حيًا ، وأن يكون ممن يمكن أن يعيش ، فالمولود ميتًا والولد الناقص في التكوين بما لا يعيش بدونه ليست لهم

---

(1) جاء فيه عن مالك أنه لا يحكم بينهم في مواريثهم إلا أن يرضوا بذلك فإن رضوا بذلك حكم بينهم بحكم أهل الإسلام إذا كانوا نصارى كلهم وإن كانوا مسلمين ونصارى لم يردوا إلى أحكام النصارى وحكم بينهم بحكم دينهم ولم ينقلوا عن مواريثهم ولا أردهم إلى أهل دينهم . المدونة الكبرى 88/3 .

(2) وجاء في الوسيط أن أهلية المعاملات تستفاد من التكليف ، فتصرفات الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه ، وبالغبطة والغبينة باطلة خلافًا لأبي حنيفة . أما إسلام العاقد فغير مشروط إلا في شراء العبد المسلم . الوسيط 12/3 ، 13 جاء في الإقناع : تجري عليهم أحكام الإسلام في غير العبادات من حقوق الآدميين كالزنا والسرقة ، دون ما لا يعتقدون تحريمه كشرب الخمر ونكاح المجوس . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع 25/4 ، 26 .

شخصية حقيقية ، ويؤخذ برأي الطب الشرعي في ذلك . وتبدأ الشخصية القانونية في الشخص الحقيقي من تاريخ ولادته ، ومع ذلك فإذا كان للشخص فائدة قبل ولادته ألحقها القانون به حتى من تاريخ الحمل به ، فيوصَى له ويُعْطَى ويعْتَرَف به شرعًا وقانونًا وهكذا ، وتنتهي الشخصية بموته .

صفات الشخص وما يعرض لها :

أولًا - حالة الشخص المدنية : يكون للشخص جنسية ويكون مواطنًا ، ويراد بالجنسية العلاقة القانونية التي تجمع أشخاصًا في حكومة واحدة محددة ، ويجب أن يكون لكل شخص جنسية ، ويجب ألا يكون له إلا جنسية واحدة ، ويجب ليكون الشخص مواطنًا أن يبلغ 21 إحدى وعشرين سنة ، وأن يكون ذكرًا .

ثانيًا - حالة الشخص العائلية : يكون الشخص أعزب أو متزوجًا ، وله أقارب وأصهار ، والأعزب الذي لم يتزوج ، والأقارب يكونون عَصَبَة ، والأصهار أقارب الزوج أو الزوجة لكل منهما . ويتبع هذا تمتعه بحقوق الجنسية الفرنسية ، وتحمله واجب الخدمة العسكرية ، وتمتعه بحق الانتخاب والوظائف العامة في الدولة ، ويكون محلفًا ، ويتمتع بالميراث وبحقوق الزوجية ويتحمل واجباتها ، ويتمتع بحقوق القرابة (1) .

بند [18] القانون الروماني

الشخصية القانونية كانت في القانون الروماني - وهي في الشخص الحقيقي ، وهو كل كائن حي - أهلًا للتصرف يملك حقوقًا ، وعليه التزامات . والشروط الأساسية للشخصية القانونية ثلاثة :

1 - كون الشخص حرًّا وليس رقًّا .

2 - كونه مواطنًا رومانيًّا ليس لاتينيًّا ولا أجنبيًّا .

3 - كونه رئيس عائلة .

وقد وجدت الشخصية القانونية المعنوية كالجمعيات والمؤسسات التي لها أملاك كالشخص الحقيقي (كنيسة - أديرة - حكومة إلخ) ، فيوجد الشخص المعنوي

---

(1) انظر : بنود 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11 ، 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 5 ، 6 .

أولًا بكل حرية ، ثم قيد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك [1] .

بند [19] التشريع الإسلامي

الشخصية القانونية في التشريع الإسلامي هي كل موجود له حقوق وعليه حقوق ، وهي : شخصية ومعنوية ؛ فالشخصية تتحقق بوجود الشخص حقيقة أو حكمًا كأن كان حملًا ، ويجب أن يوضع ويستهل صارخًا أو تتحقق حياته . وتوجد هذه الشخصية بوجود الشخص - ولو حكما - فيصح الوقف عليه ، والهبة والوصية ، ولكن لا تلزم إلا باستهلاله صارخًا أو تحقق حياته ، وتنتهي هذه الشخصية بموته [2] .

والشخصية المعنوية هو الشخص المفروض وجوده قانونًا ليمثل جهة معينة كبيت المال مثلًا ، فيصح أن يقاضي ويتقاضى ، ويعين ولي الأمر من يمثله [3] .

إن صفات الشخص ومميزاته تأتي طبيعية مع وجوده حيث يحتاج لمكان يوجد فيه من أبوين ، ويتربى فيه مع أقرانه فيتعامل معهم ، ويتعاملون معه ، فتنشأ حالته

---

(1) الباب الثالث من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ، ص 10 « إن القانون المعمول به عندنا يرجع برمته إما إلى الأشخاص ، وإما إلى الأشياء وإما الدعاوى ... والأشخاص من جهة أحوالهم القانونية ينقسمون أساسيًا إلى قسمين ، فإنهم إما أن يكونوا أحرارا ، وإما أن يكونوا أرقاء » .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 38 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ، وقد نصت هذه المادة على ما يأتي :

1 - تبدأ شخصية الإنسان من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته .

2 - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن .

وبهذا فإن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل بشرط تمام ولادته حيًا . وأساس هذا الحكم أن الجنين تكون له أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعًا محضًا وتحمل الالتزامات التي تنشأ في أمواله أو بسببها . ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان من وقت الحمل بما يشترط لذلك أن تتم ولادته حيًا . فثبوت الشخصية للإنسان من وقت الحمل يكون متوقفًا على ولادته حيًا . فإذا ولد الإنسان حيًا اعتبر شخصًا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن . ويتفرع على ذلك أن ما يكتسبه الجنين من حقوق يكون موقوفًا على شرط تمام ولادته . فإذا ولد حيًا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد . وإذا ولد ميتًا اعتبر كأنه لم يكن . وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئًا مما تقرر له من حقوق .

(3) تناولت المادة 59 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية أنواع الأشخاص الاعتبارية المتمثلة في الدولة والهيئات والطوائف الدينية المعترف لها بالشخصية الاعتبارية ، والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات التي اعترف لها القانون بالشخصية الاعتبارية : وهو ما تناولته المادة 52 مدني مصري . .

المدنية ؛ فيكون له جنسية أبويه أو جنسية مكان ولادته تحت حكومته ، ولا تعدد جنسيته ؛ لأنه متى اعتبر مقيمًا شرعًا في مكان تسري عليه أحكامه ، فلا يكون مسافرًا مقيمًا في آن واحد ، ولا مصريًّا وحربيًّا فرنسيًّا في آن واحد (وإن أجازت ألمانيا أن يكون لرعاياها الحق في التجنس بغير الجنسية الألمانية مع حق الاحتفاظ بالجنسية الألمانية) . ويترتب على هذا التمتع بحقوق الوطن المقيم فيه وتحمل واجباته [1] ، وإن كان الإسلام سوّى بين المسلمين في كافة بقاع العالم ، لا فرق بين عربي وعجمي في الإسلام ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [2] ، ولا فرق بين قطر وقطر في أحكام الدين فتنفذ على الجميع ، فقط بين المسلمين والمحاربين فلهم أحكام خاصة .

بند [20] القانون الفرنسي

الأعمال القضائية الخاصة بحالة الشخص : للإنسان أن يباشر إثبات حالة يكون غير متمتع بها طالبًا إعطاءه حق التمتع بها ، وله مباشرة نفي حالة يكون متمتعًا بها الغير طالبًا منعه من التمتع بها .

وهذه الأعمال القضائية لا تكون جزءًا من التركة ، فلا تكون محلا للاتفاقات فلا تسقط هذه الحقوق بمضي المدة ولا تُنْقَل لغير الشخص صاحبها ؛ لأن لها صفات أدبية قبل كل شيء .

بند [21] التشريع الإسلامي

للولد مجهول النسب أن يطلب إثبات نسبة بالبينة حتى من أمه أو أبيه المتوفى . فإن عجز الولد عن الإثبات فقد انتفت نسبته لأبيه أو لأمه ، فإن أثبت دعواه ، وقَبِل أحدهما فقط ثبت ويتوارثان وينتفي عن الآخر . وإن وجد مانع حسي من تلاقي الذكر

---

(1) تناولت المادة 55 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الموطن وجواز تعدده . ويتفق حكمه مع ما قرره الفقهاء المسلمون . فقد جاء في بدائع الصنائع (103/1 – 105) جواز أن يكون الموطن الأصلي واحدًا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها ، وقد عرفت المادة 20 من ترتيب المحاكم الشرعية الموطن في ضوء أحكام الفقه الإسلامي بأنه البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(2) سورة الحجرات الآية رقم 13 .

والأنثى انتفى الولد بدون لعان كمغربية على مشرقي أو كصبي وقت الحمل أو خصي أو مجبوب أو مقطوع البيضة اليسرى انتفى الولد بدون لعان لاستحالة الحمل [1] .

ولورثة المتوفى أن يحلوا محل مورِّثهم في كل حق له ما لم يتنازل بدون قيد المدة ، ولا تسقط دعوى النسب بالمدة الطويلة .

ويثبت النسب بالشهادة الشرعية ، وبالإقرار به من الأب ، أو بالسماع الشائع من الثقات [2] وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر [3] .

بند [22] أهلية الشخص

القانون الفرنسي : الأهلية للشخص هي صفة شرعية للشخص يتمتع بها لممارسة حقوقه المدنية الأهلية ، وهي الأصل ، وعدم الأهلية هو الاستثناء ، وعدم أهلية التصرف يمكن وجودها في التمتع بالحقوق وفي ممارسة الحقوق ، فالطفل يكون أهلًا لملكية الحقوق ، ولكن لا يباشرها بنفسه قبل 21 سنة ، بل يباشرها بمن يمثله ، ولا يكون أهلًا للزواج ولا للوصية ولا للإقرار بالنسب ما دام قاصرًا ، فهو

(1) جاء في حاشية الدسوقي قوله (مجهول النسب) أي مجهول الانتساب لمعين ، ويستثنى منه اللقيط فإنه لا يصح استلحاق إلا ببينة 412/4 . وجاء في الخرشي : إنما يستلحق الأب مجهول النسب لأن الاستلحاق من خصائص الأب فغيره لا يصح استلحاقه كالأم اتفاقًا ولا الجد على المشهور ولا غيرهما من الأقارب ... ويستثنى من قوله مجهول النسب اللقيط فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة أو بوجه كما يأتي في باب اللقطة فالحصر منصب على الأب ومجهول النسب وهذا من غير الغالب أن المحصور فيه بإنما يجب تأخيره والقاعدة أغلبية ، أي لا يستلحق إلا الأب ولا يكون استلحاق من الأب إلا لمجهول النسب إن لم يكن يكذبه العقل لصغره ، أو العادة فإن كذبه العقل أو العادة فإنه لا يصح استلحاقه . الخرشي 100/6 ، 101 .

(2) فصلت المادة 19 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية كثيرا من هذه المعاني فنصت على : سريان . قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتصحيح النسب بالزواج والإقرار بالبنوة وإنكارها والمرجع في هذا بالنسبة للمسلمين إلى قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها وإلى قواعد المذهب الحنفي إذا لم يوجد نص قانوني يتعلق بالنزاع .

(3) جاء في حاشية الدسوقي إذا شهد عدلان أجنبيان أن زيدًا ابن ثالث للميت ، أو أخ ثالث له ثبت النسب . واشتراط العدلية لثبوت النسب ؛ لأن النسب لا يثبت بالإقرار بل بالشهادة . حاشية الدسوقي 417/2 وجاء في الخرشي في الاستلحاق وهو الإقرار بالنسب أنه : إنما يستلحق الأب مجهول النسب لأن الاستلحاق من خصائص الأب ... والقاعدة أغلبية أي لا يستلحق إلا الأب ولا يكون استلحاق الأب إلا لمجهول النسب . الخرشي 100/3 ، 101 .

ممنوع من التمتع بالحقوق .

وأسباب عدم الأهلية هي صغر السن ، والتغير في العقل (العته والجنون) ، الأنوثة في الزواج ، وبعض أحكام جنائية [1] .

بند [23] القانون الروماني

الأهلية هي الأوصاف المعتبرة قانونًا ليتمتع بها الشخص لممارسة حقوقه ، ولا توجد الأهلية الشرعية ليكون الشخص أهلًا للتصرف إلا إذا كان ذا عائلة ، وكان حرًا ، ومواطنًا ، فإن فقد شرطًا من هذه الشروط فقد أهليته الشرعية ، فأسباب عدم الأهلية للأشخاص هي :

أولًا – من لا عائلة له .

ثانيًا – الرق ، من كان رقا أصلًا أو طرأت عليه الرقية .

ثالثًا – من كان أجنبيًا أو لاتينيًا يعني من فقد كونه رومانيا .

رابعًا – من كان دون 25 سنة .

خامسًا – المجنون والمعتوه .

سادسًا – الأنوثة فالمرأة لا أهلية لها طول حياتها [2] .

فالطفل والمجنون والمرأة يجب أن يكون لهم من يمثلهم ، والرق ومن لا عائل له يملكون ، ولكن ملكهم لسيدهم ولرئيسهم ، والأشخاص الذين يوضعون تحت الوصاية هم الأيتام من الجنسين ، والنساء تحت الوصاية مدة حياتهن .

والذين تحت القوامة هم : المجانين ، المسرفون والمبذرون ، القصّر الذين بلغوا

---

(1) انظر : بنود 17 ، 18 ، 19 ، 20 ، 21 ، في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الأول ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي وبنود : 22 ، 23 ، 24 ، 25 ، 26 ، 27 ، 28 ، 29 ، 30 ، 31 ، 32 ، 33 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني ، من الكتاب الأول من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 7 ، 8، 9 ، 10 ، 11 .

(2) الباب الثالث من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 10 « أن القانون المعمول به عندنا يرجع برمته إما إلى الأشخاص ، وإما إلى الأشياء ، وإما إلى الدعاوي ... والأشخاص من جهة أحوالهم القانونية ينقسمون أساسيًا إلى قسمين . فإنهما إما أن يكونوا أحرارًا ، وإما أن يكونوا أرقاء » الباب الثامن من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 18 .

خمسًا وعشرين سنة فما فوق [1] .

بند [24] التشريع الإسلامي

الأهلية الشرعية هي صفة تمكن الشخص قانونًا من الإلزام والالتزام ، والأهلية هي الأصل ، وعدم الأهلية هو الاستثناء [2] ، ويمكن أن يتمتع الشخص بالملكية دون حق التصرف فيها أو حق مباشرتها كالصغير والمجنون فيملكان بواسطة الوصي أو القيم ؛ فلا يباشر الصبي غير المميز [3] ومن في حكمه شيئًا إطلاقًا [4] .

فإن بلغ رشيدا أخرج من حجر أبيه يتصرف كما يشاء ، فإن كان محجورًا عليه قبل الرشد وبعد البلوغ فحينئذ لا بد لصحة تصرفه أن يفك حَجْره ، ومتى بلغ يكون أهلًا

(1) وهناك تقسيم آخر للأشخاص من جهة أن بعضهم مستقلون بشئون أنفسهم والبعض خاضعون لسلطة الغير ، ومن الفريق الثاني من هم تحت سلطة أحد أصولهم ، ومنهم من هم تحت سلطة سيد . الباب الثالث عشر من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 32 . أما الأشخاص الذين ليسوا تحت الولاية فهم فريقان : فريق تحت الوصاية أو القوامة ، والفريق الآخر أحرار حرية مطلقة .
بنود (25 ، 27 ، 29) في المقارنات وإشهادات الأحوال المدنية : انظر البنود : من البند 24 وحتى البند 54 في الباب الأول من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي . الجزء الأول .
(2) تناولت المادة 50 من مشروع القانون المدني طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية ، وحق من يبلغ هذه السن في مباشرة حقوقه المدنية . وتستند هذه المادة إلى المبدأ الشرعي الذي يخول ولي الأمر سلطة سن ما تقتضيه المصلحة بما لا يناقض نصًا . إذ إن تقدير البلوغ بالسن في بعض الاجتهادات الفقهية بخمس عشرة سنة ، وفي بعضها الآخر بثماني عشرة سنة ، وفي بعضها بخمس وعشرين . وقد نصت المادة 106 من التقنين العراقي على أن « سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة » كما نصت الفقرة الثانية المادة 43 من التقنين الأردني على أن « سن الرشد ثماني عشرة سنة شمسية كاملة » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكما الشريعة الإسلامية ص 13 .
(3) يطابق هذا النص المادة 51 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وهي مستمدة من الشريعة الإسلامية وتطابق في حكمها الفقرة الثانية من المادة 97 من التقنين العراقي ، والفقرة الثالثة من المادة 118 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، المادة المذكورة .
(4) جاء في حاشية الدسوقي : الحجر صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله ، فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة ، ودخل بالأول حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء .
وحاصله أنه لما قدم أن الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط ذكر أن الحجر عليه بالنسبة لماله يكون لبلوغه مع صيرورته حافظًا لماله بعده فقط إن كان ذا أب أو مع فك الوصي والمقدم إن كان ذا وصي أو مقدم فذو الأب بمجرد صيرورته حافظًا للمال بعد بلوغه ينفك الحجر عنه وإن لم يفكه أبوه عنه . حاشية الدسوقي 292/3 ، 296 .

للزواج بنفسه ، وصح إقراره متى كان مكلفًا شرعًا وغير محجور عليه في المعاملات وغير متهم في إقراره لأصل غير مكذب للمقر ، ولم يكذبه عقل ولا عادة ولا شرع [1] .

وأسباب عدم الأهلية هي :

1 - الجنون ، فيحجر على المجنون لنفسه وماله لحفظهما ؛ فهو كالصبي المحجور عليه إلى إفاقته بالغًا رشيدًا .

2 - السَّفَه ، فيحجر على السفيه بالنسبة لماله .

3 - الرق ، فيحجر على الرقيق في ماله إلى عتقه أو إذن سيده .

4 - الصغر فيحجر على الصغير لنفسه وماله ، وينتهي حجره بالبلوغ بالنسبة لنفسه ، وبالحفظ مع البلوغ بالنسبة لماله إن كان له أب [2] .

5 - الفلس ، فيحجر على المفْلِس كما سيأتي التفصيل في موضعه .

وسيأتي الحجر على الزوجة في بعض مالها في مذهب الإمام مالك ، والحجر على المريض المشرف على الموت ، ومن في حكمه [3] إلخ ، وسيأتي أن الأنوثة ليست سببًا في الحجر كما في القانون الروماني ، ولا زواج الأنثى سببًا في الحجر كما في القانون الفرنسي في موضعه بإيضاح إن شاء اللّه تعالى .

(1) جاء في مواهب الجليل للحطاب في الحجر قول ابن رشد أنه المنع من التصرف في المال ، وقال في التوضيح : أنه منع المالك التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره . قال ابن الحاجب وابن شاس أسبابه سبعة الصبا ، والجنون ، والتبذير ، والرق ، والفلس ، والمرض ، والنكاح في حق الزوجة .. مواهب الجليل 57/5 وجاء في حاشية الدسوقي والشرح الكبير أنه إذ بلغ الذكر رشيدًا ذهب حيث شاء إلا أن يخاف عليه فساد أو هلاك فيمنعه الأب والصبي الذكر محجور عليه بالنسبة لنفسه للبلوغ ... والحاصل أنه متى بلغ عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم . 3/ 292 ، 293 .

(2) تناولت المادة 53 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بأن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وأن من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة كون ناقص الأهلية . وهو ما جاء في المادة 46 من القانون المدني المصري .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب : بالحجر على مريض حكم الطب بكثرة الموت به ويرجع إلى معرفة الطبيب بأن الهلاك به كثير (تنبيه) انظر من تصرف زمن الطاعون لم أر فيه الآن نصًا والظاهر أنه لا حجر عليه إلا أن يصيبه الطاعون .

(وعلى الزوجة لزوجها) تقدم في فصل الصداق عند قول المصنف وإن صدقته ففي ثلثها عن القرافي في الذخيرة وعن النوادر عن عبد الملك أنها إذا أقرت المرأة في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكذبها فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ وبمعنى العطية رد إلى الثلث واللّه أعلم . مواهب الجليل 78/5 ، 79 .

نتيجة المقارنات من بند 7 إلى نهاية بند 24

اتفاق التشريعين : صفات القانون ،القانون العادي ، قوانين حتمية ، قوانين مبيحة تفسيرية أو تكميلية ، العقاب الذي يضمن تنفيذ القانون ، أوامر تشبه القانون ، تطبيق القوانين وشرحها ، عمل القوانين ، إلغاء القوانين ، الشخصية القانونية ، صفات الشخص وما يعرض له ، أهلية الشخص الشرعية إلا في أهلية الزوجة .

اختلاف التشريعين : القانون الدستوري [1] ، تطبيق القوانين الفرنسية في بعض أحوالها .

(1) يقصد بالقانون الدستوري ما أشار إليه (ص 81 مما سبق) من أصول الأحكام التي تعرف بنص صريح من كتاب أو سنة أو إجماع مما لا يمكن تغييره .

بند [25] إشهادات الأحوال المدنية

القانون الفرنسي : إشهادات الأحوال المدنية هي محررات مدونة في دفاتر محفوظة في بلديات كل قسم إداري لإثبات الأعمال الرئيسية لوجود الشخص (ولادة – وفاة – زواج) (1) .

قواعد عامة لكل إشهاد مدني :

أولًا – الأشخاص الذين يشتركون في الإشهاد .

1 – الموظف (محرر العقود المدنية) هو العمدة أو من ينوب عنه باختياره أو بنص القانون ، ويختص بسماع جميع الإشهادات في دائرة اختصاصه الإدارية فقط ، وتكون باطلة إذا كانت من دوائر أخرى ، وواجباته التحقق بنفسه في حالة الوفاة ، وجعل الزواج عامًّا ، وإعلانه ، وتحرير الإشهادات وإعطاء صورة منها للطالبين ، والتأكد من حفظ الإشهادات المدنية .

2 – المشهدون والحاضرون ، وهم الأشخاص الذين يبلغون الموظف المختص موضوع الإشهاد الذي يسجله ، وكل شخص يمكنه ذلك ولو كان قاصرًا .

3 – الشهود ، ويحققون ثلاثة أشياء : شخصية المشهدِين ، والطرفين ، وصدق الحادث المبلغ عنه ، ومطابقة ما يُدوَّن في الإشهاد إلى ما أُبْلِغ للموظف ، ويكفي بلوغ الشاهد 21 سنة ذكرًا أو أنثى بلا تفرقة .

4 – الطرفان ، وهما من يخصهما ما تدون في الإشهاد ، وفي الولادة والوفاة يجب حضور الطرفين شخصيًّا أو كليهما بتوكيل رسمي مسجل .

بند [26] التشريع الإسلامي

إن نظام التوثيقات معمول به في المحاكم الشرعية ، وقد حتم المشرع أن يكون مع القاضي موثق يسمع الإشهادات (2) ويدوِّن الأحكام في سجلاتها ، ويحفظها ،

---

(1) انظر : البنود من البند 34 حتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي الإشارة إلى اعتماد القاضي المنهي إليه كتاب قاض مع شاهدين ، ومحل اعتماده على شهادتهما مع مخالفة كتابه إذا طابقت شهادتها الدعوى وإلا لم يعتمد عليهما في شهادتهما ، وندب =

ويختص القضاة بسماع الإشهادات الخاصة بالزواج وغيرها ، وأما الشهود فيجب أن يكونوا عدولًا مكلفين شرعًا بلغوا 15 سنة ذكورًا أو إناثًا أو امرأتين ، والمرأتان تعادلان رجلا على تفصيل في مواضع الشهادة ، وهذا لا يأباه المشرع من نظام بل دعي إليه ، وختم العمل به [1] .

بند [27]

ثانيًا سجل الأحوال المدنية

القانون الفرنسي : يوجب القانون تدوين كل إشهاد قانوني في سجلٍّ ذي أرقام متتابعة مُوَقَّعًا على كل صحيفة فيه من قاضي محكمة أول درجة أو من ينوب عنه بدون ترك بياض أو تحشير أو كتابة تاريخ بالأرقام ، ويجب ختمه في نهاية كل سنة إلخ ، ويجب كَوْن السجل من نسختين إحداهما في المحكمة الابتدائية ، والثانية تحفظ في المركز الإداري ، ويكونان متطابقتين ، وعلى وكيل النائب العام تفتيش قلم الحفظ كل سنة ، ورفع تقرير عن المخالفات الموجودة في السجلات المحفوظة ، ويجب التأشير على هامش إشهاد الطلاق ، والإقرار بالبنوة وشرعية الولد بمضمون الإشهاد اللاحق المتعلق بهم ، وكل إشهاد لم يُسْمَع ، ولم يُسَجَّل من الموظف المختص يكون لاغيًا ، وكذا كل إشهاد حُرِّر في غير السجل أو في ورق عادي يعتبر لاغيًا .

والسجل يكون عموميًا يصح أخذ صورة مما تدون فيه ، ويجب إمضاء الموظف على الصورة المستخرجة [2] .

= ختمه من خارجه على نحو شمعة خوفًا من أن يسرق أو يسقط من الشهود فيزاد فيه أو ينقص منه ، وأما ختمه من داخله فهو واجب ؛ لأن العرف عدم قبول غير المختوم من داخله حاشية الدسوقي 160/4 وجاء في الخرشي : أن القاضي يرتب له كاتبًا عدلًا يضبط الوقائع التي يحكم فيها ، ويشترط في هذا الكاتب أن يكون من أعدل الموجودين مرضيًا عند الناس كما يشترط في المزكي أن يكون عدلًا مرضيًا . الخرشي 148/7 ، 149 .

(1) جاء في المدونة (قال) لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص في القتل ولا في الطلاق ولا في النكاح ولا تجوز شهادتهن فيه على شهادة غيرهن عندي في شيء من هذه الوجوه (قال) وتجوز شهادتهن على الشهادة إذا كان معهن رجل في الأموال . وفي الوكالات على الأموال قال لي مالك : ولا تجوز شهادتهن وإن كن عشرين امرأة على شهادة امرأة ولا رجل إذا لم يكن معهن رجل 83/4 ، 84 .

(2) انظر : البنود من 34 حتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

بند [28] التشريع الإسلامي

هذه نظم إدارية ، وليست تشريعية بالمعنى المراد وهو الحكم في فصل النزاع ، بل هذه نظم للتوثيقات نصّ المشرع الإسلامي عليها ، واتخذها بالفعل ، وهي موجودة فعلا ، ولها نظام دقيق [1] .

بند [29] قوة الإشهاد المدني في الإثبات

القانون الفرنسي : الإشهاد دليل لما تدون فيه ، ولا يطعن عليه ، ولا يعارض فيه إلا بادعاء التزوير لما سمعه أو رآه الموظف المختص ، وأما ما أخبره به المبَلِّغ كساعة الولادة أو اليوم فيجوز معارضته بدليل آخر .

الدليل على حصول مضمون الإشهاد المدني في الولادة والوفاة والزواج لا يكون إلا بنفس الإشهاد ، وفي حالة عدم وجود سجل مطلقًا أو فقده يجوز الإثبات بالشهود أو بدليل كتابي .

إصلاح الإشهاد المدني : متى حصل غلط في الإشهاد قبل انصراف المبلِّغ وذوي الشأن والشهود يمكن للموظف إصلاحه ثم التوقيع من الجميع على الأصل والتصليح ، ولكن متى انفض مجلس الإشهاد انتقل حق إصلاحه من غلط أو خطأ إلى القضاء بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العمومية ، ويجب أن يكون لذوي الشأن مصلحة موجودة بالفعل ، ولو أدبية ، وفي طلب النيابة العمومية يجب أن ينص القانون عليها أو تمس الصالح العام ، ومحكمة القسم الإداري الذي به السجل هي المختصة ، ومتى صدر قرار التصحيح يسجل في سجل الإشهادات المدنية ، ولا يغيَّر المصحَّح ، ولا يمحى منه شيء ، فقط يؤشر على هامشه بمضمون قرار التصحيح ، وتخرج الصورة أو الملخص بما تضمنه التصحيح [2] .

---

(1) جاء في المغني لابن قدامة المقدسي 76/9 : وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء يرسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات ؛ لأنه من المصالح فإنه يحفظ به الوثاق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته .

(2) انظر : البند 34 وحتى البند 54 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 12 ، 13 ، 14 ، 15 ، 16 .

بند [30] التشريع الإسلامي

الإشهاد الشرعي دليل لما تَدَوَّن فيه متى كان حائزًا الصفة القانونية الشرعية ، وما جعل له الإشهاد أصلًا ، فإن كان إخباريًّا فشهادة شهوده تنصب على حقيقة المخبر وحصول الإقرار منه ، وإن كان إنشائيًّا فيدل على حدوث الحادث ، وهم له شهود ، ويدل لمعرفة المشهد وما ذكر في الإشهاد مما جعل له ، ويجوز الطعن في هذا بالتزوير ، وله طرق منظمة أمام المحاكم الشرعية الآن .

ويكون المستخرج الرسمي (الإشهاد المدني) دليلا في الولادة والوفاة والزواج إن وجد ، وإلا فيثبت الزواج بشاهدي عدل والوفاة كذلك ، وقد منع الحاكم إثبات الزواج عند الإنكار بدون وثيقة زواج رسمية ، وأما في الولادة فيكفي شهادة النساء على ما لم يطلع عليه الرجال [1] ، وأما النسب فلا بد من عدلين [2] ، وسيأتي تفصيل الشهادة في موضعها . وأما مسألة إصلاح الإشهاد [3] فهي معمول بها أيضًا في المحاكم الشرعية أمام القاضي أو كاتب الإشهادات المسموح له بسماع وضبط هذه الإشهادات من رئيس أو من نائب المحكمة الذي يملك ذلك .

---

(1) جاء في المدونة الكبرى : (قال) تجوز شهادة النساء فيما لا ينظر إليه الرجال ، أربع نسوة (ابن وهب) عن سفيان عن منصور عن الحكم بن عينية قال : امرأتان (ابن مهدي) وقال الشعبي : تجوز شهادة أربع نسوة فيما لا يراه الرجال . المدونة 82/4 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي : فإذا شهد عدلان أجنبيان أن زيدًا ابن ثالث للميت أو أخ ثالث له ثبت النسب . وفي الشرح الكبير (وإن أقر عدلان) ابنان أو أخوان أو عمان بثالث ثبت النسب .... ولكن مثلهما الأجنبيان في ثبوت النسب بل أولى . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 417/3 .

(3) جاء في الخرشي أن على القاضي أن يرتب «كاتبًا عدلًا يضبط الوقائع التي يحكم فيها ، ويشترط في هذا الكاتب أن يكون من أعدل الموجودين مرضيًّا عند الناس كما يشترط في المزكي أن يكون عدلًا مرضيًّا . ويختار القاضي المزكي والكاتب باعتبار كونهما من أعدل الموجودين والمراد بالمزكي هنا هو أن يكون عينا للقاضي يخبره عن الشهود في مساكنهم وأعمالهم ، وأما مزكي البينة فسيأتي أنه لا بد فيه من التعدد . فإن قلت إن أراد مزكي السر وذكره هنا لشيء غير ما مر وهو اشتراط كونه عدلًا ، أو يقال : إن المراد هنا اتخاذ شخص يخبره بأحوال من يشهد عنده من شهود وغيرهم بخلاف السابق فإنه المتخذ ليخبره بما يقال في شهوده ، فتلك خاصة وهذه عامة . والمترجم عند من لا يعرف العربية أو عند من لا يعرف العجمية مثلًا مخبر فيكفي الواحد ، وكذلك المحلف للغير عن القاضي . وإن احتكم للقاضي خصوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه كلامهم ينبغي أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم . الخرشي 148/7 ، 149 ، وكذلك حاشية الدسوقي والشرح الكبير 138/4 ، 139 .

بند [31] قواعد خاصة لإشهادات الولادة والوفاة

القانون الفرنسي : الولادة : يجب على الأب إن كان موجودًا ، ثم على الطبيب المولِّد ، ثم على القابلة ، ثم على من تمَّ الوضع في بيته ، ثم على أي شخص حضر الولادة تبليغ الموظف المختص بقيد المولود في مدة ثلاثة أيام كاملة وإلا حوكموا ، ويجب إثبات ذكورته أو أنوثته ، واليوم ، والساعة ، ومكان الولادة ، والاسم الذي يعطاه الطفل ، واسمي أب وأم الطفل ، وصناعتهما ، ومحل إقامتهما ، واسم ، وصناعة ، ومحال إقامة الشهود ، ويجب إمضاء الشهود ، والموظف ، وأصحاب الشأن على الإشهاد ، ولا يلزم ذكر الأب في الولد الطبيعي ، وفي ذكر الأم خلاف .

الوفاة : لا يمكن دفن ميت إلا بتصريح من موظف الإشهادات المدنية الذي يجب أن يتحقق من الوفاة ، ولا يدفن إلا بعد 24 ساعة من الوفاة إلا لضرورة ، ولا يعطي تصريح الدفن إلا بعد تحرير إشهاد الوفاة بشهادة شاهدين ، ويشتمل إشهاد الوفاة على اسم ، ولقب ، وسكن المتوفى ، وزوجته - إن كانت - وعمره ، وصناعته ، واسم ، ولقب ، وصناعة ، وسكن المبلِّغ إن كان ، ويجب التأشير بالوفاة على إشهاد الميلاد للمتوفى المذكور ، ويذكر في الإشهاد يوم وساعة الوفاة ، فإن توفي في غير محل ولادته بلِّغَت الوفاة لمحل سِجِل الولادة في أقرب وقت للتأشير على هامش الإشهاد بالوفاة .

وتحكم المحاكم بالوفاة في حالة الوفاة غير الطبيعية كالموت الجنائي ، والاختفاء ، والغرق . والحكم الصادر في الأحوال الشخصية يحوز قوة الشيء المحكوم فيه الخاصة لا العامة ، فلا يعارض حقوق الغير ، ولا يعارضه الغير إلا في بعض الأحوال ، فيكون فيه قوة الشيء المحكوم فيه العام . فيعارض الغير كالحكم الصادر في دعوى إنكاره الأبوة ، وكالحكم المقرر لحالة كالطلاق وإبطال عقد الزواج [1] .

---

(1) انظر : البنود من البند 55 حتى البند 62 في الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي . وكذلك البنود من البند 77 حتى البند 87 في الباب الرابع ، من الكتاب الثاني ، من هذا التعريب ، الجزء الأول ص 16 ، 17 ، 18 .

بند [32] الولادة والوفاة

التشريع الإسلامي : أصبحت النظم المعمول بها في إثبات الولادة والوفاة فرضا متبعا ؛ لأنه قد رتبها وأمر بها ولي الأمر ، وهي ليست أحكامًا تقطع الخصومة ، وإنما هي أعمال يترتب عليها إثبات نسب طفل يلازمه للممات ، ويترتب عليها ميراث له ومنه إلخ ، وقد كان اعتماد الشارع أولًا على الشهادة ، ولكنّ الزمن قد استدار فمن مصلحة الهيئة الاجتماعية الاعتماد على الإثباتات الرسمية فهي أدق وأحكم ، ولا شك أن المشرع دعا للتمشي مع الزمن ومسايرته لمصلحة الناس فكانت هذه النظم مطلوبة شرعًا .

ولا داعي لحكم القاضي بالوفاة في الموت الجنائي أو الغرق ما دامت الوفاة على هذا الوجه كانت معلومة ، فإن كانت وفاة الشخص مجهولة أو اختفى بدون علم وفاة أو حياة فيثبت موته بحكم القاضي ، وسيأتي في موضعه (في الغيبة) .

والحكم الصادر في الوفاة والنسب لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه مطلقًا ، والحكم في الولادة والنكاح يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ، ففي الأول لا يتعدى أطراف الخصومة فيه ، فلا يعارض حقوق الغير مطلقًا ، ولا يعارضه الغير مطلقًا ، فلو أثبت شخص أن والده توفى وأنه وارث فيه وحكم له بذلك فلا ينافي أن شخصًا آخر يدعي البنوة لهذا المتوفى (1) ، ويثبتها ثم يحكم له بها مثلًا (2) .

بند [33] اسم الشخص

القانون الفرنسي : اسم الشخص هو ما يسْتَعْمَل للدلالة على شخص ، ويميزه

(1) يقابل هذا النص المادة 40 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إذ تنص المادة الثلاثون على أنه :

1 - تثبت وقائع الحالة المدنية بالسجلات الرسمية المعدة لذلك .

2 - وينظم هذه السجلات ويحدد حجيتها في الإثبات قانون خاص .

3 - فإذا لم توجد هذه السجلات ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بها جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . انظر : المذكرة الإيضاحية لهذه المادة .

(2) قال مالك في المدونة : كل مال لا يعرف لمن هو ، ويدعيه رجلان فإنه يقسم بينهما فأرى هذا كذلك . المدونة 85/3 وجاء في حاشية الدسوقي : .... لو مات شخص وأخذ ماله من أقام بينة أنه وارثه أو مولاه وأقام غيره بينة أنه وارثه أو مولاه وتعادلتا فإنه يقسم بينهما . حاشية الدسوقي 221/4 .

عن آخرين ، والمعبر عنه باسم العائلة (أبو زيد) .

والاسم العلم هو ما يضاف إلى اسم العائلة لتمييز أفراد عائلة واحدة ، بعضهم عن بعض مثل (سيد أبو زيد ، فسيد اسم علم ، وأبو زيد اسم الشخص يعني اسم العائلة) . والفرق بينها أن الشخص لا يكون له إلا اسم عائلة فقط ، وليس لأحد تسميته بغير اسم عائلته طبقًا للقانون بخلاف العلم .

يملك الولد الشرعي اسم عائلته بمجرد ولادته فيسجل اسمه في إشهاد الميلاد ، والولد الطبيعي يسمى باسم من اعترف ببنوته أُمًّا أولًا ثم أبا . والولد اللقيط يسميه العمدة أو رئيس المستشفى ، والولد المتبنى يحمل اسم من تبناه مضافًا إلى العلم الموضوع له ، وتحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بمجرد الزواج ، وحقيقة إمضائها تكون باسم زوجها .

فقد الاسم : تفقد المرأة اسم زوجها متى طلقها ، وتحمل اسمها قبل الزواج ، ويبقى مع المتوفى عنها إلا إذا تزوجت فتحمل اسم زوجها الأخير ، وفي حالة الفرقة بدون طلاق تنظر محكمة الموضوع في طلب عدم حمل الاسم فترى المصلحة في المنع أو دوام الحمل . ويمكن تغيير الاسم بواسطة الطرق الإدارية ، ويُؤْخَذ رأي المجلس الاستشاري ، ويصدر بها دكريتو يُنْشَر في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد سنة من تاريخ نشره ، ويصح لمن يهمهم الأمر المعارضة في هذه المدة . ومن غيَّر اسمه الذي سجل في إشهاده أو حرفه بغير الطريق القانوني يحكم عليه بغرامة من 500 فرنك إلى 1000 فرنك ، ويتهم بالتزوير ، ويحاكم بالمادة 147 قانون جنائي . والاسم حق العائلة فمن استعمله حق لصاحبه طلب التعويض الكافي ، ويحكم له [1] .

بند [34] التشريع الإسلامي

اسم الشخص هو ما وضعه الوالدان أو غيرهما عند ولادة الطفل عليه ليميزاه به بين أمثاله من بني آدم كسيد وإبراهيم ، واللقب هو ما أَشْعَر بذم أو مدح ، والكنية ما صُدِّرَت بأب أو أم ، فمثلًا سيد أبو حسين ، (سيد) علم للشخص (وأبو حسين) كنيته .

---

(1) انظر : البنود 56 ، 57 ، 58 من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 16 ، 17 .

ويجب أن يكون للشخص اسم واحد (عَلَمٌ) يتميز به بين أقرانه ، فإن تعدد أقرانه باسمه مُيِّز عنهم باسم أبيه ، فإن تعددوا أيضًا مُيِّز بينهم باسم الجد ، فإن تعددوا مُيِّز بينهم باسم المحلة (محل السكن) وهكذا .

والشرع يعتبر الاسم العلم أولًا فينادي الشخص به ، ثم يضاف له اسم الأب ، ثم اسم العائلة بخلاف أوربا ، فينادون أولًا الشخص باسم عائلته ثم باسمه العلم ، فلا يباح في عرفهم مناداة الشخص باسمه العلم إلا في عائلته ، أو بين زوج وزوجته ، أو بين أصدقاء رُفِع التكليف بينهم .

ويجب على الأب تسمية ولده الشرعي متخيرا له اسمًا لا شؤم فيه فيُسَجَّل في إشهاد الميلاد به مضافًا إليه اسم أبيه ، والولد الذي لا أب له معروفا ، وأقر بنسبه رجل يولد مثله لمثله يوضع له اسم ، ثم يضاف من اعترف به ، حيث إن الإسلام قد أبطل عادة التبني [1] التي كانت من عوائد الجاهلية فألغاها الخلاق العظيم ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [2] إلخ ، ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٖ مِّن رِّجَالِكُمۡ ﴾ [3] مع أنه ﷺ كان قد تبنى زيدًا [4] قبل أن يُبْعَث برسالته للخلق أجمعين فبطلت تلك العادة .

ولا تحمل المرأة المتزوجة اسم زوجها بل تبقى كما كانت قبل الزواج يقال :

---

(1) جاء في أحكام القرآن لابن العربي في المسألة الرابعة قوله : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدۡعِيَآءَكُمۡ أَبۡنَآءَكُمۡ ﴾ ، كان الرجل يدعو الرجل ابنًا إذا ربّاه ، كأنه تبنّاه؛ أي يقيمه مقام الابن فردَّ اللّه عليهم قولهم ؛ لأنهم تعدَّوْا به إلى أن قالوا : المسيح ابن اللّه : وإلى أن يقولوا : زيد بن محمد ، فنسخ اللّه هذه الذَّريعة وبت (أي قطع) حَبْلَهَا ، وقطع وصْلها بما أخبر من إبطال ذلك . أحكام القرآن 1504/3 ويقول ابن حجر في تفسير قوله : ﴿ وَتُخۡفِي فِي نَفۡسِكَ ﴾ والحاصل أن الذي كان يخفيه النبي ﷺ هو إخبار اللّه إياه أنها ستصير زوجته (أي زينب بنت جحش) والذي كان يحمله على إخفاء ذلك خشية قول الناس تزوج امرأة ابنه وأراد اللّه إبطال ما كان أهل الجاهلية عليه من أحكام التبني بأمر لا أبلغ في الإبطال منه ، وهو تزوج امرأة الذي يدعي ابنا ووقوع ذلك من إمام المسلمين ليكون أدعى لقبولهم . فتح الباري . 143/10 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 5 . (3) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

(4) زيد بن حارثة بن شراحيل بن كعب بن عبد العزى بن امرئ القيس . قال ابن إسحاق : هو مولى رسول اللّه ﷺ أصابه رقًّا في الجاهلية ، واشتراه حكيم بن حزام لعمته خديجة بنت خويلد من سوق عكاظ وقيل : اشتراه من سوق حُبَاشة فوهبته خديجة رضي الله عنها للنبي ﷺ بمكة قبل النبوة وهو ابن ثماني سنين ، وقيل : بل رآه رسول اللّه بالبطحاء بمكة ينادى عليه ليباع ، فأتى خديجة فذكره لها ، فاشتراه من مالها ، فوهبته لرسول اللّه =

« حفصة بنت عمر »[1] فقط يقال لها زوج فلان ، وتكتب اسمها الحقيقي ، وتمضي به في التوثيقات ، وتعرف به .

وبما أن الزوجة لا تحمل اسم زوجها فلا تفقده لا بالطلاق ولا بالموت . ويمكن تغيير الاسم بإشهاد أمام القاضي ، ويُعْمَل به من تاريخ التغيير[2] ، ومن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد[3] حد القذف[4] ، وكذا من نسب ولدا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا[5] فإنه يحد[6] .

بند [35] محل الإقامة

القانون الفرنسي : محل الإقامة هو المحل الذي يقيم فيه الشخص لمباشرة أعماله الأساسية ومصالحه ، فكل شخص له محل إقامة قانوني ثابت منظم . والفرق بين محل

= فأعتقه وتبناه . وقال ابن عمر : ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد حتى أنزل الله : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ . أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير 281/2 .

(1) هي بنت أمير المؤمنين . عمر بن الخطاب ، تزوجها النبي ﷺ ، بعد انقضاء عدتها من خنيس بن جذامة . قيل إنها ولدت قبل المبعث بخمسة أعوام . فعلى هذا يكون دخول النبي ﷺ بها ، ولها نحو من عشرين سنة ، توفيت حفصة سنة إحدى وأربعين عام الجماعة ، وقيل : توفيت سنة خمس وأربعين بالمدينة وصلى عليها والي المدينة مروان . ترجمتها : الذهبي في العبر 5/1 ، المزي في تهذيب الكمال رقم 8406 ، ابن الأثير في أسد الغابة 65/7 ، ابن سعد في الطبقات 81/8 ، الذهبي في سير أعلام النبلاء 490/3 .

(2) تناولت المادتان 41 ، 42 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحكم بأن لكل شخص اسما ولقبا مع الإشارة إلى التشريع الخاص الذي ينظم اكتساب الألقاب وتغييرها ، وحق الشخص في المطالبة بالتعويض ممن نازعه في استعمال اسمه ولقبه . وهو ما تناولته كذلك المادتان 50 ، 51 من القانون المدني المصري . ويتفق ذلك مع مقررات الفقه الإسلامي ، لأن حماية اسم الشخص ولقبه من المصالح المعتبرة في الشرع ، لترتب الحقوق على إثباتها . وهو ما توضحه النصوص الفقهية الواردة في الهوامش التالية .

(3) قاعدة : من نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد حد القذف .

(4) جاء في الخرشي أن المكلف إذا قال في حق نفسه أنا نغل أي فاسد النسب فإنه يحد ؛ لأنه نسب أمه إلى الزنا ، وكذلك إذا قال في حق نفسه أنا ولد زنا ؛ لأنه رمى أمه بالزنا ، وكذلك إذا نسب نفسه إلى بطن أو نسب أو عشيرة غير بطنه أو نسبه أو عشيرته لأنه قذف أمه بالزنا . الخرشي على مختصر خليل 88/8 .

(5) قاعدة : من نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد .

(6) جاء في حاشية الدسوقي 325/4 : أنه إذا قال شخص لآخر : لست ابن فلان الذي هو جده فإنه يحد ولو قال : أردت لست ابنه من صلبه لأن بينك وبينه أبا فلا يصدق ... (قوله صريحًا) أي كقوله له لست ابنا لفلان (وقوله أو تلويحًا) أي مفهما لنفي النسب بالقرائن كالخصام ، وكذا يقال في قوله أو إشارة أي بعين أو حاجب أو يد .

الإقامة والسكن أن السكن ليس ملحوظًا فيه الدوام والاستقرار ، وقد يتعدد بخلاف محل الإقامة ، وقد يكون محل الإقامة عامًّا ، كما يكون خاصًّا ، فالعام هو العادي أو الحقيقي ، وهو ما يباشر الشخص فيه عامة حقوقه ، والخاص هو الذي يباشر الشخص فيه بعض حقوقه أو يقوم ببعض التزاماته ، ويشمل محل الإقامة الخاص .

1 – محل الإقامة السياسي الذي يباشر فيه حقوقه السياسية .

2 – محل إقامة المساعدة ، وهو ما يباشر فيه طلب المساعدة الطبية .

3 – محل إقامة الزواج ، وهو المكان الذي يتزوج فيه .

4 – محل الإقامة المختار ، وهو ما يختاره الشخص المعنوي لمباشرة أعماله القضائية مثلًا . ومحل الإقامة العام له قاعدتان :

الأولى : أن كل شخص له محل إقامة .

الثانية : أنه ليس لكل شخص إلا محل إقامة واحد .

محل الإقامة القانوني أو المفروض بالقانون :

يفرض القانون محل إقامة الأشخاص الآتية كالآتي :

أولًا – محل إقامة الموظف الدائم هو المحل الذي يباشر فيه عمله الرسمي .

ثانيًا – محل إقامة الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد عند أبيه أو وصيِّه إن كان ولدًا شرعيًّا . فإن كان طبيعيًّا ، واعترف أحد ببنوته فمحل إقامته مع من اعترف به ، وإن لم يعترف به أحد فمحل إقامته أينما يكون في مؤسسة .

ثالثًا – محل إقامة الرشيد البالغ الممنوع من التصرف بموجب القانون أو بحكم قضائي يكون محل إقامة وصيهم أو من ولاه القانون عليهم ، ومن ذلك النساء المتزوجات فمحل إقامتهن هو محل إقامة أزواجهن إلا إذا طلقت أو انفصلت عن زوجها فلها اختيار محل إقامة كما تشاء ، فإن فَقَد زوجها أهلية التصرف ، وعينت عليه قيمة ، فلها اختياره أيضًا .

رابعًا – محل إقامة العامل أو الموظف عند من يخدمون أو يعملون بشرط أن يبيت معه في مكان واحد ، وأن يعمل عنده فقط عادة ، وألا يكون له محل إقامة جبري بموجب القانون .

ومحل الإقامة الاختياري هو الذي لم يفرضه القانون ، بل يختاره الشخص نفسه .

متى بلغ القاصر رشيدًا ، أو طلقت الزوجة ، أو خرج العامل أو الموظف من عمله ، واختار محل إقامة آخر يقال : إنه غَيَّر محل إقامته ، فتغيير المحل يحتاج إلى عاملين حسي ومعنوي ، فالحسي : تغيير المحل بالفعل إلى مكان آخر ، والمعنوي : نية الإقامة في المحل الجديد ومباشرة مصالحه وأعماله فيه .

وإثبات محل الإقامة الحسي لا يحتاج إلا إلى المشاهدة ، ومحل الإقامة المعنوي يكفي فيه إعلان الانتقال في الدائرة التي نُقِل فيها ومنها [1] .

بند [36] محل الإقامة

التشريع الإسلامي : الإنسان له وعليه من معاملات والتزامات ، والتدافع في الحياة يقضي بالتزام العدل مع مثله أيضًا فيما له وعليه ، والطبع البشري وطبيعة الحياة تقضي بافتيات البعض على البعض الآخر ، فليس الناس ملائكة؛ فوجب وجود قانون يُتَّبَع ، ووجب تنظيم الرجوع إلى هذا القانون ، وهي طرق التقاضي والمرافعات ، وبما أنه يجوز لِوَلي الأمر تبعًا للمصلحة العامة تخصيص القضاء بالمادة والمكان والزمان ، يترتب على هذا النظام والقيود أن يكون لكل شخص محل إقامة ومحل إقامة واحد لِيُقَاضَى ويُقَاضِي اتباعًا لأمر أولي الأمر الواجب الطاعة في غير محرم إجماعًا .

فمحل الإقامة لكل شخص هو ما يباشر فيه أعماله الأساسية عادة ، ولا مانع شرعًا من تعيين محال إقامة للموظف في محل عمله ، وللصغير عند وليه أو وصيِّه ، وللزوجة عند زوجها متى كانت في محل الزوجية ، وللعامل أو الموظف الخاص عند من يخدمون أو يعملون متى كانوا يقيمون ويبيتون عنده إلخ . كل هذا عمل ونظام تقتضيه المصلحة العامة . ويجوز لمن اتخذ محل إقامة ، أو اتخذ له القانون محل إقامة فَرْضًا أن يتخذ محلا آخر أو يغير ما فرضه القانون متى وجد ما يناقضه قانونًا .

---

(1) انظر : بنود من البند 102 إلى البند 110 في الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي : الجزء الأول ص 28 ، 29 .

بند [37] نتائج قضائية لمحل الإقامة

القانون الفرنسي : محل الإقامة له عدة نتائج قانونية منها :

1 – الزواج لا يعلن ولا يتم إلا في محل الإقامة .

2 – التبني لا يكون إلا في محل إقامة المتبني .

3 – الوصاية القانونية لا تكون إلا أمام قاضي الصلح الذي يتبعه محل إقامة الطفل .

كل إشهاد عُمِل في البحر أو خارجًا عن الأرض الفرنسية يجب تسجيله في محل الإقامة ، وينشر في محل الإقامة كل نشرة أمر بها القانون (كطلاق أو فراق أو حَجْر أو تعيين إلخ) ، ويُعْلن إفلاسه في محل إقامته ، ويفتح ميراثه كذلك .

جميع الإعلانات ، والإنذارات ، والتنبيهات تكون في محل الإقامة ، ومحكمة محل إقامة المدعى عليه مدنيًا هي المختصة أصالة .

المحل المختار : هو محل مختار لتنفيذ عقد أو اتفاق ، وهو اختياري لأي شخص ، وقد يكون واجبا بالقانون كالمعارضة في الزواج أو إيقاع رهن عقاري . ويكون اختيار محل الإقامة ملاحظًا في موضعين :

أولًا – يكون ملاحظًا اختيار محل إقامة للشخص المعنوي في كل دائرة له فرع تجارة فيه .

ثانيًا – يكون ملاحظًا اختيار محل إقامة للعساكر والطلبة في محال إقامتهم غير محل إقامتهم الحقيقي .

ويتساوى المحل المختار في الأعمال القضائية والتنفيذات والتبليغات مادام عند شخص محدد ، فإن كان غير معين فيكون في اختصاص المحاكم فقط ، وما عدا ذلك فيعتبر محل الإقامة الحقيقي (1) .

بند [38] التشريع الإسلامي

متى صدر قانون بتنظيم محال الإقامة على هذه الوجوه وجب اتباعه ، وقد

---

(1) انظر : بند 111 في الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 29 .

صدر بالفعل ، والعمل جار عليه في المحاكم الشرعية المصرية ، وقد نُصَّ في التوثيقات الشرعية على تعيين محال الإقامة للمتداعيين [1] .

بند [39] الشخص المعنوي

القانون الفرنسي : الشخص المعنوي أو الشخص القضائي جماعة من الناس اعتراف القضاء لهم بوجود قانوني ، يملكون ، ويملكون ، ودائنون ، ومدينون ، يقاضون ويتقاضون ، وبالجملة لهم كل الحقوق التي للشخص الحقيقي .

وطبيعة الشخصية القضائية لها ثلاث طرق .

أولًا : الطريقة الألمانية في حقيقتها ، الشخصية القضائية لم يخلقها القانون ، ولم يتصورها شخصًا خاليًا ، وإنما هي مجموع أشخاص حقيقية لهم وجود ، وبمجموعهم يعترف لهم القانون بالحقوق كما اعترف لهم أفرادًا وهي الطريقة الفرنسية أيضًا .

ثانيًا : طريقة التقليد ، وهي أن القانون يفرض وجود شخص خيالي ، ويعطيه جميع حقوق الشخص الحقيقي ليسهل معاملات الجمعيات ووجودها ؛ فهو مخلوق بما له وما عليه .

ثالثًا : طريقة الملكية المجتمعة ، تُطْلَق الشخصية القضائية ويراد منها أن أعضاء هذه الشركة مثلًا مالكون بالاشتراك للأملاك التي تتعلق بهذه الشركة [2] .

بند [40] القانون الروماني

الشخصية المعنوية افترضها القانون الروماني أيضًا ، فكانت تتحقق في الجمعيات والمؤسسات التي لها ملك مثل الشخص الحقيقي كالكنيسة ، والأديرة ، والحكومة ،

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 164/4 إذا كان المدعى عليه متوطنًا في بلد والمدعى به في أخرى كانت بلد المدعي أو غيرها وكل منهما في ولاية قاض غير الآخر تكون الخصومة حيث المدعي به . فإن كان المتداعيان من بلدين وكلاهما من ولاية قاض واحد فالدعوى بمحل القاضي كان بلد المدعى أو المدعى عليه أو غيرها ، كان المدعى به بمحل أحدهما أم لا .

(2) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 في الباب الأول ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني وكذلك انظر بنود : من البند 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني ، من الكتاب التاسع ، والفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنسي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

والبلديات إلخ ، فكان يوجد الشخص المعنوي بكل حرية أولًا ، ثم قُيِّد وجوده لأسباب سياسية بإذن من الملك ، ويتلاشى بسحب هذا الإذن ، وسمح به القانون أيضًا في الشركات ، فكان للشركات الكبيرة الزراعية وللشركات التي تعمل في الأشغال العامة شخصية معنوية [1] .

بند [41] التشريع

الإسلامي : اعتبر المشرع الإسلامي الشخصية المعنوية مقابلة للشخصية الحقيقية ، ورتب لها وعليها أحكامًا ، فاعتبر بيت المال شخصية معنوية يجب دفع الخراج والجزية [2] لها ، وما رتبه الوالي على القاطنين في المدن والقرى ، وأوجب النفقة العامة على مصالح المسلمين في بيت المال ؛ فاعتبره له وعليه ؛ فيُقَاضِي ويَتَقَاضَى .

وكذلك الوقف [3] ، فهو شخصية قائمة بذاتها تَدِين وتُدَايِن ، وتقاضي وتتقاضى ، وأوجب أن يمثلها شخص حقيقي كناظر بيت المال (وزير المالية)

---

(1) انظر : الباب الخامس والعشرون من الكتاب الثالث من مدونة جوستنيان ، عقد الشركة ص 231 .

(2) جاء في كتاب الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي ، قال الأزهري : الخراج اسم لما يخرج من الفرائض في الأموال ويقع على الضريبة وعلى مال الفيء ، ويقع على الجزية . قال ابن رجب : إن قبض الخراج ليس بواجب عندنا بل يجوز للإمام إسقاطه عمن وجب عليه إذا كان من مستحقيه ، وقيل لا يجوز بل يجب فيه القبض كعشر الزكاة . وقد تقدم أن القاضي فرق بين الزكاة والخراج ، بأن الخراج حق في الذمة فلا معنى لأخذه منه ، ورده عليه كما يقول في تقاضي الدينين في الزكاة عندنا وعند الأكثرين ، وهذا الفرق إنما يجب عندنا بوجوب الزكاة في العين أما قولنا بوجوبها في الذمة فلا يتوجه . وفرق غيره بينهما بأن الزكاة يجب إيتاؤها لله عبادة وطهرة ، فالإخراج فيها واجب ولهذا يشترط لها النية . بخلاف الخراج فإنه حق لبيت المال من جنس حقوق الآدميين العامة . قال وللإمام ولاية المطالبة بالخراج وجزية الرؤوس .... فإن طالب الإمام وجب الدفع إليه . الاستخراج ص 100 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي أنه إن شرط الواقف أن يكون فلان ناظر وقفه فيجب اتباع شرطه ، ولا يجوز العدول عنه لغيره وليس له الإيصاء بالنظر لغيره ، إلا أن يجعل له الواقف ذلك . وحيث لم يكن له إيصاء به فإن مات الناظر والواقف حي جعل النظر لمن شاء ، فإن مات فوصيه إن وجد وإلا فالحاكم . وجاء في الشرح الكبير : أن الناظر المعين له عزل نفسه فيولي صاحبه من شاء إن كان حيًا وإلا فالحاكم . فإن لم يجعل ناظرًا فإن كان المستحق معينًا رشيد فهو الذي يتولى أمر الوقف ، وإن كان غير رشيد فوليه ، وإن كان المستحق غير معين كالفقراء فالحاكم يولي عليه من شاء وأجرته من ريعه . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 88/4 .

وناظر الوقف مثلًا ، وكذا جهات البر الموقوف عليها كالحرمين مثلًا ، وأما الشركات فقد نظر إليها المشرع من ناحية مصلحة المشتركين فإن داينت أو تداينت فلابد من إذن الجميع وتوكيلهم بذلك إلا إذا كان في عقود تكوينها [1] . ما يبيح ذلك لمدير العمل أو التجارة ، وإلا إذا كانت طبيعة الشركة تقضي بذلك كشركة العمل [2] فإن وجدت بشروطها من اتحاد العمل وتلازمه وأخذ كل بقدر عمله وحصل التعاون بالفعل فيلزم كل ما قبله صاحبه ولزمه ضمانه . وقد قدر المشرع في الشخص المعنوى في غير الشركات كبيت المال مثلًا كيانا منفردا بماله وما عليه بدون نظر إلى اعتبار الأشخاص مجتمعين ، واعتبر في الشركات مصالح الأفراد المشتركين حتى حتم أن يكون ممثل الشركات المذكورة موكلًا توكيلًا ينص على هذه التصرفات التي يلتزمها [3] ، وإلا كان منه التزاما باطلًا عن الشركاء [4] .

(1) جاء في مواهب الجليل : قال ابن عرفة : وفيها مع غيرها منع أحد الشريكين بمجرد الملك في شيء تصرف فيه دون إذن شريكه لملزوميته التصرف في ملك الغير بغير إذنه مواهب الجليل 151/5 ، 152 (وإن اشترطا نفي الاستبداد فعنان) قال ابن عرفة قال عياض : وهي جائزة ويلزم الشرط قاله ابن شاس وابن الحاجب ونص ابن الحاجب فإن شرطا نفى الاستبداد لزم وتسمى شركة العنان . قال ابن عبد السلام . يعني أن كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركة في حضرة صاحبه ومع غيبته فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفى الاستبداد لزم الشرط وتسمى شركة عنان . مواهب الجليل للحطاب 133/5 ، 134 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي في عمل الشركة ، وإلا فسدت والمراد بتساويهما فيه أن يكون عمل كل واحد على قدر ماله من المال فإذا كان مالهما متساويًا كان على كل نصف العمل ، وإن كان المالان الثلث والثلثين كان العمل كذلك . حاشية الدسوقي 352/3 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : أن الشريكين إن أطلقًا بعد انعقاد الشركة بقولهم اشتركنا مثلًا ، إن جعل كل واحد منهما للآخر التصرف في غيبته وحضوره بالبيع والشراء والكراء والاكتراء وغير ذلك هذا إذا كان ذلك الإطلاق في جميع الأنواع بل وإن كان من نوع خاص فتلك الشركة تسمى شركة مفاوضة . حاشية الدسوقي 351/3 .

(4) تناولت المادتان 59 ، 60 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الشخصية الاعتبارية وحكمها كما تقدم . ويلزم القول بأن فكرة الشخصية المعنوية من الأفكار التي ظهرت في القوانين الحديثة ، وأن الفقه الإسلامي لم يعترف بهذا النوع من الشخصية ؛ إذ الظاهر من كلام الفقهاء أنه لا الذمة ولا أهلية الوجوب تثبتان لما لا حياة له كالمسجد والمدرسة والمستشفى والوقف وبيت المال وما إلى ذلك من المنشآت . وقد نص بعض الفقهاء على أن الوقف لا ذمة له ، ولهذا لم يجيزوا الهبة له أو لغيره من هذه المؤسسات وإن أجازوا الوصية له ، لأنها تنعقد بالإيجاب بخلاف الهبة التي تنعقد بالإيجاب والقبول . غير أن ما ذكره المؤلف يدل على أن الاعتراف بالشخصية المعنوية لا يتناقض مع التفكير الفقهي ، ولعله من أوائل الذين تناولوا هذا الموضوع من وجهة الفقه الإسلامي .

بند [42] القانون الفرنسي

ترتيب الأشخاص المعنوية يوجد شخص معنوي خاص ، وهو كل اشتراك يراد منه تحقيق منفعة خاصة لأشخاص المشتركين ، ويوجد شخص معنوي عام ، وهو كل جماعة تعمل لتحقيق منفعة عامة .

وأقسام الشخص المعنوي هي :

أولًا – الدوائر الأرضية ، الحكومات ، المديريات ، الأقسام ، كل هؤلاء لهم شخصية معنوية .

ثانيًا – المنشآت العامة والمنشآت للمنفعة العامة .

ثالثًا – الجمعيات المعلنة قانونًا فقط ، والتي ليس لها مقصد نفعي بل أدبي كجمعية الطلبة .

رابعًا – المؤسسات العامة الشعبية كالجامعات والمؤسسات الطبية العامة .

خامسًا – المؤسسات العامة الإقليمية كملجأ العجزة التابع للمديرية ، والمؤسسات العامة التابعة للأقسام .

ابتداء وجود الشخص المعنوي : يوجد الشخص المعنوي كالآتي :

1 – الشخص المعنوي الخاص ، توجد شخصيته المعنوية بمجرد وجود الشركة بدون قيد ولا شرط ولا تصريح من الحكومة . فقط يتبع في تأليفها الشروط العامة .

2 – الشخص المعنوي العام ، يلزم لوجوده إعلان الجهة الإدارية بقانون وجوده ، فإن أراد مُنْشئها جعلها من المنشآت للمنفعة العامة ، فلا بد من صدور أمر بذلك من مجلس الحكومة الأعلى ، ومع ذلك فيجب الحصول على إذن قضائي لتكوين جمعية إخاء من الرجال والنساء [1] .

---

(1) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 ، في الباب الأول ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ، وكذلك انظر البنود من 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني ، من الكتاب التاسع ، الفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

بند [43] التشريع الإسلامي

هذا التقسيم لا يتنافى مع التشريع الإسلامي بل رتب عليه أحكامًا كثيرة في الهبة لجهة بر أو الوقف عليها مثلًا فهي موجودة فعلا ، ولكنها غير مجموعة ومفصلة ؛ فتتبع النظم التي أمر بها ولي الأمر ، فالنصوص الشرعية أعطت لها أحكامًا على فرض وجودها (1) .

بند [44] أهلية الشخص المعنوي

القانون الفرنسي :

أولاً – أهلية التمتع ، قد يكون للشخصية المعنوية أهلية تامة في الملك بدون حد كالحكومة ، ومجالس المديريات ، والمؤسسات العامة ، أما الجمعيات المعلنة إداريا فقط فتملك الاشتراكات ، والعقار والمنقول المقدر لوجودها لتقوم بما أُنْشِئَت له .

ويشترط في كل شخصية معنوية خاصة أو عامة أن لا تخرج عن اختصاصها فيما وجدت له .

ثانيًا – أهلية مباشرة التقاضي ، ليس للشخص المعنوي مباشرة الدعوى من نفسه بل لابد من أن يمثله شخص حقيقي (رئيس أو مدير) ، والشخص المعنوي خاضع دائمًا لمشرف كالمديرية أو القِسْم ، وليس للجمعيات المعلنة أن تقبل وصية أو هبة إلا بإذن وأحيانًا بأمر مجلس الدولة الأعلى (2) .

---

(1) للمؤلف الحق فيما قرره بدقة . ذلك أنه يشير إلى عدم وجود مفهوم الشخصية المعنوية بتقسيماتها القانونية المحددة . ومع ذلك فإنه يذكر أن الفقهاء يقررون لهذه الجهات أحكاما وحقوقا عديدة ، فكأن الفكرة موجودة ، ولكنها غير مفصلة . ومن الممكن الاستطراد للاستدلال على هذا الوجود بتلمس إشارات الفقهاء إلى ما لهذه المؤسسات أو الجهات من حقوق لدى الناس ، وما للناس من حقوق عليها يطلبونها من ممثلها ، أو يطلبها ممثلها منهم ، شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه . وعلى سبيل المثال فإن للولي أن يبيع ثمرات الأعيان الموقوفة عليها لصالحها ، وقد يقترض لها ، ويؤجر الناظر أعيان الوقف ويقبض الآجرة لصالحه ، ويكون المستأجر حديثا للوقف لا للناظر . وللمضارب الحق في المطالبة بالحق في الشفعة إذا اشترى للمضاربة أرضا له حق الشفعة عليها ، ولرب المال الحق في الشفعة على الأرض التي يشتريها المضارب للمضاربة ، مما يدل على استقلال ذمة كل منهما عما للمضاربة من حقوق وواجبات . انظر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في التعليق على الفقرة الثانية من المادة 49 .

(2) انظر : بنود 1832 ، 1833 ، 1834 في الباب الأول من الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنسي ، =

بند [45] التشريع الإسلامي

أهلية بعض الشخصيات المعنوية للتملك بلا حد كالحكومة ، لا نزاع فيه ، وُيتبع في الجمعيات المعلنة قانون الدولة ، ويجب أن تتقيد بنص الأوامر بلا تجاوز ، وكذا أهلية مباشرة التقاضي فيجب أن يكون لها من يمثلها قانونًا ، ويتبع قانون نظمها وترتيبها المعمول به في المملكة في قبول هبة أو وصية إلخ بشرط عدم مخالفة النصوص الشرعية ولا أصول التشريع الإسلامي [1] .

بند [46] نهاية الشخص المعنوي

القانون الفرنسي : ينتهي وجود الشخص المعنوي إما بسحب الإذن بوجوده ، وإما بالوصول إلى الغاية التي وُجِدَ من أجلها ، وإما برضاء جميع المشتركين في وجوده في نهايته .

ومتى انتهى وجود الشخص المعنوي فيقسم رأس المال على الشركاء حسب عقد الشركة في المدنية والتجارية ، وفي الجمعيات يرجع إلى قانون وجودها ، فإن لم ينص على شيء فالحكومة هي الوارثة لأملاكها ، وإن كان في بعض الأحوال تُعْطَى الهبة لمن وهبها إن بقيت عينًا [2] .

بند [47] التشريع الإسلامي

ينتهي وجود الشخص المعنوي بما ذُكِر في بند 46 ، وبفقد شرط شرعي في

= الجزء الثاني . وكذلك انظر بنود من : البند 1835 إلى البند 1841 في الباب الثاني من الكتاب التاسع ، والفصلان الأول والثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الثاني ص 102 ، 103 ، 104 .

(1) لعل المؤلف من أوائل من واجهوا موقف الفقه الإسلامي من الشخصية المعنوية التي أحدثتها القوانين الغربية وهو يتفق مع ما أخذ به الكاتبون الذين عالجوا الموضوع بعده في اشتمال الفقه الإسلامي على إشارات عديدة تعترف لعدد من الجهات والمؤسسات بشخصيات مستقلة عن شخصيات ممثليها ، وأن حقوق هذه الجهات وواجباتها محددة في الفقه ، وأن ممارسة ممثلها لعمله في الحفاظ على هذه الحقوق مقيدة بعدم التعارض مع الأصول الشرعية ، وهو ما نبه إليه الشيخ علي الخفيف في كتابه : المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة الصادرة سنة 1947 صفحات 274 – 276 .

(2) انظر : البنود من البند 1865 إلى البند 1873 ، في الباب الرابع ، من الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 110 ، 111 ، 112 .

صحة وجوده ؛ فيقسم رأس المال على الشركاء حسب الاتفاق ، وفي الجمعيات يطبق أمر ولي الأمر فيها ، فإن لم يكن لها قانون فللوالي إدخال مالها في بيت المال أو إنفاقه في وجوه البر التي يراها ، وكذا إن توالى أعضاؤها مددًا طويلة ، وجُهِلوا فللوالي جعلها في بيت المال [1] .

---

(1) من ضمن موارد بيت المال الغرامات والمصادرات : وقد ورد في السنة تغريم مانع الزكاة بأخذ شطر ماله . جاء في المغني لابن قدامة : - وإن منعها (أي الزكاة) معتقدًا وجوبها وقدر الإمام على أخذها منه أخذها وعزره ، ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم . وقال إسحاق بن رهويه وأبو بكر عبد العزيز : يأخذها وشطر ماله لما روي عن النبي ﷺ أنه كان يقول : « في كل سائمة الإبل في كل أربعين بنت لبون لا تفرق عن حسابها ، من أعطاها مؤتجرًا فله أجرها ، ومن أباها فإني آخذها وشطر ماله ، عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد منها شيء » رواه أبو داود والنسائي . المغني 573/2 وجاء في الشرح الكبير للدردير (والجزية) العنوية والصلحية والفيء وعشور أهل الذمة وخراج أرض الصلح وما صولح عليه أهل الحرب وما أخذه من تجارتهم محلها بيت مال المسلمين يصرفه الإمام باجتهاده في مصالحهم العامة والخاصة . الشرح الكبير للدردير 190/2 .

نتيجة المقارنات من بند 25 إلى نهاية بند 47

يتفق التشريعان في : إشهادات الأحوال المدنية ، سجل الأحوال المدنية ، قوة الإشهاد المدني في الإثبات ، محل الإقامة ، نتائج قضائية لمحل الإقامة ، الشخص المعنوي ، ترتيب الأشخاص المعنوية ، نهاية الشخص المعنوي .

ويختلفان في : اسم الشخص [1] .

(1) من جهة استقلال المرأة باسمها عن زوجها في الفقه الإسلامي واختلاف ذلك في القانون الفرنسي .

[في الالتزامات] [1]

بند [48] العقد القانوني

القانون الفرنسي : العقد القانوني ، كل عقد تم من شخص أو أكثر ملحوظًا فيه نتائج قانونية ، فيوجد به حق أو يُغَير أو يمحى ، ويمكن تقسيم العقد القانوني من وجهات النظر الآتية :

أولًا – بالنظر إلى وَحْدِة أو كثرة الإرادة يقسَّم قسمين . الأول : ما لا يحتاج وجوده إلا لإرادة واحدة كالوصية أو قبول أو رفض الميراث . والثاني ما يحتاج وجوده إلى اتفاق إرادات متعددة (كالبيع والبدل مثلًا) .

ثانيًا – بالنظر إلى وَحْدة أو تقابل المنفعة يقسم قسمين . الأول ما لا ينتظر فاعله مقابلا ما ، كالهبة أو القرض بغير فائدة ، والثاني : ما يكون لعمل أحد الطرفين نظير من الآخر كالبيع ، والإيجار ، والقرض بفائدة ، والبدل .

ثالثًا – بالنظر إلى الزمن الذي تظهر فيه نتيجة العقد ، يقسم قسمين .

الأول : ما يظهر أثره بين المتعاقدين الأحياء كالبيع والهبة .

والثاني : ما لا يظهر أثره إلا بعد وفاة منشئه كالوصية [2] .

بند [49] العقود

القانون الروماني : العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر ينتج التزامات أو التزامات مؤكدة للدعوى القضائية وأنواعها :

1 – عقد قطعي صريح ، وهو الذي لا يتحقق وجوده القانوني بدون استيفاء شروط محددة قانونًا ، وكان هذا لا يتحقق في عقد القرض .

2 – عقد شفوي ، وهو الذي لا يتم بين المتعاقدين إلا بالتلفظ بكلام مقدس ، كما في عقد المهر وعقد مكاتبة الرقيق على عمل شيء بعد حريته .

---

(1) عنوان مضاف لا وجود له في أصل الكتاب .

(2) انظر : بنود من البند 1101 إلى البند 1107 في الباب الأول ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 246 ، 247 .

3 – عقود تحريرية ، وهو ما كان تسجيله في سجل خاص مع استيفاء بعض الشروط وهو عقد من جانب واحد ، وعقد مدني لا يعمله إلا الرومانيون ، وهناك عقود حقيقية أخرى ، وهي التي تنعقد بتسليم الشيء موضوع التعاقد ، ويدخل فيه عقد تبادل المنفعة كقرض الاستهلاك ، وهناك عقود عرفية ، وهي تشمل البيع ، والإيجار ، والشركة ، والتوكيل [1] .

بند [50] التشريع الإسلامي

العقد الشرعي يراد به معنيان ، كل ما التزمه الشخص وأبرمه فيشمل الإقرار ، والاستلحاق ، والوديعة ، والبيع ، والشراء ، والوقف ، والإيجار إلخ ، ويراد به ما تعاقد عليه مع آخر ، وهو كل عقد تم بين شخصين أو أكثر استوفى شروطه ، وترتب عليه نتائجه الشرعية لتقرير حق أو تغييره أو إبطاله ، ويتحقق في الصلح ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والإجارة ، والهبة أو العقد صيغة يفيد التزام واحد أو أكثر لواحد أو أكثر شيئًا معقودًا عليه ، ويكون منعًا أو إعطاء ، وفعلا أو تركا [2] . ويصح تقسيم العقد الشرعي بالمعنى الأعم ، وهو ما التزمه الشخص المستوفي للشروط الشرعية في صحة التزامه سواء أكان بإرادته هو فقط أم بإرادته وإرادة أخرى كالبيع مثلًا ، وإلى عقد يصدر من ناحية واحدة كالإقرار ، والاستلحاق ، والوقف ، والوديعة مثلًا ، وإلى عقد لا يصدر إلا بتقابل إرادتين كالبيع ، والرهن ، والإيجار ، وإلى عقد منجز كالبيع ، والهبة ، وإلى ما يظهر أثره

---

(1) الالتزامات التي تنشأ من العقود هي أيضًا أربعة أصناف ، فإن كيانها يقوم إما على شيء أو على فعل ، وإما على صيغ كلامية مخصوصة ، وإما على محررات كتابية ، وإما على مجرد التراضي والاتفاق . وهذه الأصناف الأربعة يطلق عليها اصطلاحًا – تبعًا لما تقوم به – بالترتيب ، وليدة الشيء ، القولية ، الخطية ، الرضائية . انظر الباب الثالث عشر ، من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان « في الالتزامات » ص 203 .

(2) جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 167 : (البيع ينعقد بإيجاب وقبول) ويجب أن يحصل القبول من الشخص الذي حصل الإيجاب له وإلا فالقبول من شخص آخر غيره لا يكون معتبرًا . ومتى اقترن الإيجاب بالقبول على الصورة المشروعة فلا يتوقف الانعقاد على إذن أحد الناس أو رضائه . مجلة الأحكام 114/1 – المادة 167 وجاء في مواهب الجليل : صيغة العقد كلام أو فعل يصدر من العاقد ويدل على رضاه ويعبر عنها الفقهاء بالإيجاب والقبول . وتختلف صيغة العقد حسب اختلاف العقود ، يقول الحطاب في المواهب : (ينعقد البيع بما يدل على الرضا ...) ويعني أن الركن الأول الدال على الرضا عن البائع يسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري يسمى القبول . مواهب الجليل 228/4 .

بعد الوفاة كالوصية [1] . ويلاحظ أن العقد في القانون الروماني أخذ على أنه ما تم بين شخصين أو أكثر ، لكن يُشْرَط أن يكون مؤكدًا بدعوى قضائية ، ويلاحظ أن القانون الفرنسي أخذه بمعنى أعم (كل عقد تم من شخص أو أكثر إلخ) ، وقد أخذته الشريعة الإسلامية فيما يشمل الأمرين وهو أعم .

بند [51] شروط وجود وشروط صحة التعاقد القانوني

القانون الفرنسي : شروط وجود العقد إذا لم توجد لا يوجد العقد ، وشرط الصحة إذا انعدم يوجد العقد ، ولكن يكون قابلًا للبطلان والإلغاء .

وشروط الوجود ثلاثة :

أولًا – إرادة واختيار المتعاقدين . **ثانيًا** – المادة محل العقد .

ثالثًا – العلانية في العقود التي اشترط فيها القانون ذلك .

وشروط الصحة اثنان :

أولًا – أن تكون الإرادة كاملة لا نقص فيها .

ثانيًا – أهلية المتعاقدين [2] .

[52] القانون الروماني

لم تكن نظرية العقد القانوني مبحوثة على انفراد كما بُحِثَت في التشريع الفرنسي ، وإنما كانت تُذْكَر شروط كل عقد في بابه وتابعة له ، فتجد مثلًا في

---

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير ذكر انعقاد الوصية بقوله (بلفظ) يدل على الرضا (أو إشارة مفهمة) ولو من قادرٍ على النطق (وقبول) الموصى له البالغ الرشيد (المعين) أي الذي عينه الموصي كفلان (شرط) في وجوبها وتنفيذها (بعد الموت) متعلق بقبول واحترز به عما لو قبل قبل موت الموصي فلا يفيده ؛ إذ للموصي أن يرجع في وصيته ما دام حيًّا . الشرح الكبير 423/4 ، 424 .

(2) انظر : بند (1108) في الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 247 .

« يشترط في صحة العقود أربعة شروط : الأول : رضاء العاقدين ، راجع بند 1109 إلى بند 1122 مدني . الثاني : أهليتهما للعقد ، راجع بند 1123 إلى بند 1125 مدني . الثالث : علم العاقدين بالمعقود عليه ، راجع بند 1126 ، وبند 1130 مدني . الرابع : تحقق أن العقد لغرض صحيح راجع بند 6 وبند 1131 إلى بند 1133 مدني » . ص 251 ، 252 .

تكوين العقد في البيع يشترط لوجوده ثلاثة شروط .

أولًا – الإرادة ورضاء المتعاقدين ، وتكون كتابة موقعًا عليها منهما وتكون شفويًّا .

ثانيًا – وجود الشيء المبيع حاضرًا أو سيوجد في العمل التجاري .

ثالثًا – الثمن ، ويشترط أن يكون نقدًا .

وتجد في شروط الشخصية القانونية ما يأتي . يشترط لوجودها :

أولًا – كون الشخص حرًّا وليس رقًّا .

ثانيًا – كونه رومانيا مواطنًا ، فيصح له الزواج بعقد رسمي ، وله تأسيس عائلة ، وله حق المعاملات دائنًا ومدينًا واستعمال القانون المدني الروماني ، وحق عمل وصية ، أو كونه موصى له ، وله حق العمل بالقانون القديم .

ثالثًا – كونه رئيس عائلة . فكان في التشريع الروماني يُنْظَر لكل عقد على حدة ؛ فتوضع له شروط وجوده وشروط صحته وهو أدق في التشريع ، ومع إفراد (نظرية العقد القانوني) ببحث خاص في التشريع الفرنسي فقد اضطر المشرعون إلى ذكر شروط وأركان كل عقد على حدة عند البحث فيه كالبيع والرهن إلخ [1] .

بند [53] التشريع الإسلامي

يعبر عن شروط الوجود بالأركان في التشريع الإسلامي ، فيقال : أركان العقد وشروط صحته ، فالركن ما كان داخلا ماهية الشيء يعني ضمن تكوينه ، والشرط ما كان خارجًا عنها ، ففي عقد النكاح مثلًا ذكروا من أركانه المحل ، وهو الزوجة ، والصيغة : وهو ما تم به التعاقد من إيجاب وقبول [2] ، فإذا انعدم المحل أو الصيغة انعدم الزواج أصلًا . وذكروا في أركان البيع [3] بائعًا ، ومشتريًا ، وثمنًا ، ومثمنًا ، وصيغة ، فلو انعدم واحد من هؤلاء انعدم البيع . فيقابل شرط الوجود في

---

(1) انظر الأبواب من الثالث عشر إلى التاسع والعشرين ، من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب : أن الصيغة في عقد النكاح لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعت وكذلك وهبت بتسمية صداق . قال في التوضيح : وما ذكره المصنف في الصيغة نحوه في ابن شاس ومقتضاهما أنه لا ينعقد بالكتابة والإشارة ونحو ذلك .مواهب الجليل 419/3 .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير : – وأركانه (أي البيع) ثلاثة : الصيغة والعاقد وهو البائع والمشتري والمعقود عليه وهو الثمن والمثمن وهي في الحقيقة خمسة . الشرح الكبير 2/3 .

التشريع الفرنسي الركن في الشريعة الإسلامية .

أما الشرط فهو ما كان خارجًا عن الماهية في العقد كشرط صحة النكاح بشهادة عدلين مثلًا ، فحقيقة النكاح وجدت ولكن تخلَّف شرط صحته ، وفي البيع مثلًا من شروط صحته ولزومه (التكليف) أي البلوغ الشرعي ، فحقيقة البيع من الصغير موجودة ، ولكنه تخلَّف فيه شرط صحة ولزوم وهكذا ، فالصحة في العقود ترتيب آثارها عليها لتحقق وجودها مستوفية شروط صحتها .

فكل عقد له أركان خاصة به وأركان مشتركة ككل عقد ، فمثلا إرادة واختيار المتعاقدين هذا ركن عام في كل عقد (عدم الإكراه) [1] ، ولكن فيه أبحاث كثيرة وشروط لكل إكراه ، وكذلك مادة التعاقد فكل عقد له مادة ، ولكن العلانية يعني إشهاره بطريق أن يكون على يد مسجل العقود فيه حرج على الناس ، فمثلا الزواج يصح بإيجاب وقبول وشاهدين بدون تسجيل ؛ إذ التسجيل واجب نظامي لإثبات أن هذا الزواج موجود حقيقة خوف الإنكار ، لا أن الزواج لا يتحقق إلا بالتسجيل فدين اللّه يسر لا عسر .

أما أن إرادة المتعاقدين يجب أن تكون كاملة لصحة التعاقد فهذا فيه تفصيل ، وكذا أهلية المتعاقدين [2] ، والواقع أن كل عقد له شروط وأركان تذكر دائمًا في

---

(1) جاء في أحكام القرآن لابن العربي : في تفسير قوله (لا إكراه) عموم في جنس إكراه بالباطل ، فأما الإكراه بالحق فإنه من الدين . أحكام القرآن 233/1 . قال الحطاب : الالتزام في الاصطلاح : إلزام الشخص نفسه شيئًا من المعروف مطلقًا أو معلقًا على شيء فتح العلي المالك 217/1 ، 218 الاختيار : هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر الموسوعة الكويتية 315/2 ، 229/22 . وبناء على هذه التفرقة قال الحنفية : إن الرضا شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوهما فهي لا تصح إلا مع التراضي ، وقد تنعقد العقود المالية مع الإكراه لكنها تكون فاسدة ، كما في بيع المكره ونحوه ، يقول المرغيناني ... لأن من شروط صحة هذه العقود التراضي تكملة فتح القدير 293/7 ، 294 أما جمهور الفقهاء فتدور عباراتهم بين التصريح بأن الرضا أصل أو أساس أو شرط للعقود كلها ، فلا ينعقد العقد إذا لم يتحقق الرضا سواء أكان ماليا أو غير مالي . الموسوعة الفقهية 220/2 ويقولون في العقود يشترط لصحتها تلاقي الإرادتين . ومن هنا يتبين أن كل اختيار لا بد أن يشتمل على إرادة ، وليس من الضروري أن يكون في كل إرادة اختيار . الموسوعة الفقهية الكويتية 316/2 .

(2) جاء في حاشية ابن عابدين : - فلا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل ولا وكيل من الجانبين إلا الأب ووصيه والقاضي . حاشية ابن عابدين 504/4 . ويكون بقول أو فعل ، أما القول فالإيجاب والقبول وهما ركنه ، =

محل بحثه ، فيذكرون في النكاح بعد تعريفه أركانه (أهل ، وقصد ، ومحل ، ولفظ) ، ويذكرون شرط صحته الخلو من المانع الشرعي ، ويذكرون في الرهن أركانه (راهن ، ومرتهن ، ومرهون به ، وصيغه) ، وشرط تمامه القبض ، ويذكرون في البيع أركانه بائع ومشتر إلخ . فلا يمكن للباحث المنقب أن يذكر شروطا عامة لكل عقد إلا ما كان عائدًا على الشخص أو الأشخاص المتعاقدين فقط من أهلية للتعاقد شرعًا ، ويدخل تحتها البلوغ والعقل وملكية ما تصرف فيه أصالة أو نيابة ، وليس في ذكرها منفردة ثم ذكرها في كل باب إلا التكرار الذي لا فائدة فيه [1] .

بند [54] القانون الفرنسي

الإرادة ويقابلها الرضا والقبول . وكل عقد ينعدم فيه الرضا لا يوجد قانونًا ، وقد يوجد الرضا ، ولكنه يكون ليس كاملًا فيصبح العقد محلا للإلغاء ، وينعدم الرضا كلية في ثلاثة مواضع :

أولًا – عند وجود غلط في حقيقة الشيء موضع التعاقد كبيع منزل ظن المشتري أنه غير محل العقد .

ثانيًا – عند وجود غلط في طبيعة العمل القانوني كمن ظن أنه أعطى هذا الشيء بدلا من بيعه له .

ثالثًا – عندما يكون أحد المتعاقدين أو هما مجنونًا أو سكرانًا أو طفلا [2] .

= وشرطه أهلية المتعاقدين . حاشية ابن عابدين 504/4 وجاء في نهاية المحتاج في شرح المنهاج (وشرط العاقد الرشد يعني عدم الحجر) أي أو ما في معناه كمن زال عقله ... ويمكن أن يقال المراد الرشد حقيقة أو حكمًا . نهاية المحتاج 385/3 وجاء في حاشية الزرقاني : قال ابن العربي البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم .... فيجب على كل مكلف أن يتعلم ما يحتاج إليه ؛ لأنه يجب على كل أحد أن لا يفعل شيئًا حتى يعلم حكم الله فيه . وقول بعضهم يكفي ربع العبادات ليس بشيء إذ لا يخلو مكلف غالبًا من بيع أو شراء . حاشية الزرقاني 250/3 .

(1) قد يلتمس للمؤلف العذر في عدم الوقوف على الشروط العامة والأركان الشاملة للعقود كلها ، لأن الصياغة الفقهية التقليدية تعتمد على إيراد أحكام كل عقد منفردة ، وفي صورة مسائل جزئية . لكن المؤلفات الفقهية الحديثة قد تجاوزت هذه الطريقة بالنظر في القواعد العامة والمفاهيم والمبادئ الشاملة للعقود كلها ، وقد أفردت نظرية العقد بمؤلفات خاصة عديدة ، أكثر من أن تحصى في هذا الحيز .

(2) انظر البنود من 1109 إلى 1122 في الفصل الأول من الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 225 ، 226 ، 227 ، 228 .

بند [55] التشريع الإسلامي

رضاء الجانبين بما أقدما عليه وقبولهما لعمله شرط أساسي لكل عقد ، [1] فعقد المجنون - ولو كان يفيق أحيانًا - وعقد السكران الذي لا يميز ، والطفل الصغير دون سن التمييز باطل [2] أصلا ، ومعلوم أنه يُعَبَّر عن رضا الطرفين بالتعاقد بما يظهر من قولهما : بعت كذا بكذا وقول الآخر : قبلت مشتراه بكذا ، فإن اتفقت إرادة المتعاقدين وعبرا عنها إيجابًا وقبولا ، واتفقا فيما تعاقدا عليه جنسًا صح العقد [3] ، فإن اختلفا في طبيعة المعقود عليه لم تتلاق إرادتهما فلا يصح التعاقد ، وكذا إن اختلفا في صفة التعاقد بأن أراد الموجب بيعًا وأراد القابل قرضًا ؛ إذ يجب في أركان التعاقد اتفاق الإرادتين على إجراء العقد وفي مادة كذا ونوع العقد كذا ، ومتى توفرت الإرادة الكاملة والاختيار الشامل كان العقد صحيحًا لازمًا إلا إذا اعتراه فقد صفة أو نقص شرط آخر كما سيأتي في محله [4] .

بند [56] القانون الفرنسي

ويوجد عيب في الرضا والقبول فيما يأتي :

---

(1) قاعدة رضا العاقدين بما أقدما عليه وقبولهما لعمله شرط أساسي لكل عقد .

(2) جاء في الخرشي وشرط عاقده تمييز والمعنى أن شرط صحة عقد عاقدي البيع وهو البائع والمشتري التمييز .... فلا ينعقد من غير مميز لصبًا أو جنون أو إغماء منهما أو من أحدهما ... وإنما لم يعرف أما الذي يتحصل في بيع السكران وشرائه على ما يظهر من كلامهم إن كان لا تمييز عنده أصلًا أنه لا ينعقد أي لا يصلح اتفاقًا عند ابن رشد والباجي . ومن شروط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم وإن صح . الخرشي 8/5 ، 9 وكذلك في الشرح الكبير 5/3 .

(3) جاء في الشرح الكبير أن شرط صحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا (طهارة) وانتفاع به وإباحة وقدرة على تسليمه وعدم نهي وجهل به . الشرح الكبير 10/3 . وجاء في الوسيط في المذهب للغزالي : النص على اشتراط معلومية المعقود عليه ، والعلم يتعلق بشكل المبيع ، وجنسه وقدره ، ووصفه 26/3 .

(4) تناولت المادة 89 من القانون المدني المصري نشوء العقد وأثره ، حيث جاء فيها : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » وهو ما تناولته المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 90 من التقنين المدني الأردني التي جاء فيها : ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ، وكذا المادة 32 من التقنين المدني الكويتي والمادة 104 من المجلة العدلية ونصها : الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

أولًا – الغلط في جوهر الشيء كمشتر صورة أصلية في ظنه فإذا هي صورة ، وأما الاختلاف في الصفات الكمالية فلا يعيب الرضا والقبول .

ثانيًا – الغش ، وهو كل عمل استُعْمِل للتأثير على المتعاقدين بغير حقيقة ، ويجب كون الغش أساسًا وأن يكون في عقد معاوضة بين شخصين لا في هبة .

ثالثًا – القهر والتهديد ، وهو كل عمل أدبي أو مادي من شأنه التأثير على عقلية أحد المتعاقدين .

رابعًا – الغبن أو عدم التعادل ، وهو الغبن الفاحش كبيع بثمن ألفي فرنك ما يساوي خمسمائة وذلك :

1 – الغبن الفاحش سبب في بطلان العقد للقاصر الذي سبب له ضررا

2 – الغبن الفاحش في القسمة متى وصل الغبن إلى الربع يكون سببًا لبطلان العقد .

3 – الغبن الفاحش في بيع العقار متى زاد عن $\frac{7}{12}$ من ثمن العقار المبيع يكون سببًا لبطلان العقد [1] .

بند [57] التشريع الإسلامي

يوجد نقص في إرادة المتعاقدين أو عيب في الرضا والقبول فيما يأتي :

أولًا – الغلط ، [2] فإن غلط البائع على نفسه فأخبر بنقص عما اشترى به فإن أثبت دعواه أو صدَّقه المشتري فيُخَيَّر بين فسخ البيع ؛ فيأخذ المشتري ما دفع ويرد السلعة ، أو يدفع ما تبين أنه ثمن صحيح ، ويدفع ربحه ، ويبقي السلعة . وإن زاد البائع في إخباره

---

(1) انظر : البنود من 9 – 11إلى 1122 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 225 ، 226 ، 227 ، 228 .

(2) هذه المادة توافق المادة 121 من القانون المدني المصري التي جاء فيها :

1 – يكون الغلط جوهريًّا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لولم يقع في هذا الغلط .

2 – ويعتبر الغلط جوهريًّا على الأخص .

أ – إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن النية .

ب – إذا وقع في ذهن المتعاقدين أن صفة من صفاته ، وكانت هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وهي تقابل المواد 151 ، 152 ، 153 من التقنين الأردني والمادة 106 من مشروع القانون المدني المصري طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

بالثمن عمدًا أو خطأً لزم البيع المشتري إن حط البائع ما زاد مع ربحه ، فإن لم يحطه لم يلزم المشتري وخُيِّر في الإمساك والرد ، فالغلط سبب في جواز فسخ البيع لمن وقع عليه الظلم بشرط إثباته شرعًا [1] أو التصادق عليه ، ويجوز إمضاء العقد ممن وقع عليه الغبن [2] .

ثانيًا : الغش ، وهو أن يكون بالسلعة عيب لو اطلع عليه المشتري قبل التعاقد مثلًا لامتنع أو نقص من الثمن (إظهارُ جودةِ ما ليس بجيد أو خَلْطُ جيد برديء) فالمشتري بالخيار إن شاء ردَّ ولا شيء عليه ، وإن شاء أمسك ولا شيء له ، والخيار للبائع من الغش في الثمن [3] .

---

(1) قاعدة : الغلط سبب في جواز فسخ البيع لمن وقع عليه الظلم بشرط إثباته شرعًا .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 468/4 ، 469 أن الغبن بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو اشتراها كذلك . وأما ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتفاق . وقال : لو باع رجل جارية قيمتها مائة وخمسون دينارًا بألف دينار وارتهن رهنًا وكان مشتريها من غير أهل السفه جاز ذلك .

والغبن في اللغة : الوكس ، غبنه يغْبِنُهُ ، أي خدعه ، وقد غُبنَ فهو مغبون . لسان العرب لابن منظور مادة « غبن » 3211/5 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 111 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي جاء فيها أنه يكون العقد موقوف النفاذ للتدليس سواء كان قوليا أو فعليا إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد .

والمادة يقابلها في القانون العراقي المادتان 121 ، 123 ، فالمادة 121 تنص على ما ياتي :

1 - إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على إجازة العاقد المغبون . فإذا مات من غُرِّرَ بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه .

2 - ويعتبر تغريرًا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة . وتنص المادة 123 من هذا هذا القانون على ما يأتي :

« يرجع العاقد على المغُرِر بالتعويض إذا لم يصبه إلا غبن يسير أو أصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به أو كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن أو هلكُ أو حدث فيه عيب أو تغيير جوهري ويكون العقد نافذا في جميع هذه الأحوال » .

والمادة المذكورة من المشروع تقابلها المادتان 143 ، 145 من التقنين المدني الأردني :

فالمادة 143 من هذا التقنين تطابق في حكمها الفقرة الأولى التي تنص على أن « التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها » . والمادة 145 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد » . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشرع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

ثالثًا – الإكراه والقهر ؛ فمن تعاقد تحت تأثير إكراه أدبي أو مادي كان عقده صحيحًا غير لازم [1] ، ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قَتْل أو ضربٍ وإن قل ، أو سَجْنٍ ظلمًا أو صفع على قفا أو قتل ولد أو والد ، أو أخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص ؛ فمن أكره على البيع مثلًا جبرًا حرامًا صح البيع ولا يلزم ؛ فيخير البائع إن شاء أخذ سلعته ورد الثمن ، وإن شاء تركها وأمضى البيع [2] .

---

(1) قاعدة من تعاقد تحت تأثير إكراه أدبي أو مادي كان عقده صحيحًا غير لازم .

(2) هذه المادة تقابل المادة 113 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تضمنت الحكم بجواز . إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس . والمعيار في قيام الرهبة على أساس هو كون ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيما محدقًا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

وعلى هذا النهج سار التقنين العراقي والتقنين الأردني فتنص المادة 113 فقرة 2 من التقنين العراقي على أن « التهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم . والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر إكراهًا ويكون ملجئا أو غير ملجيء بحسب الأحوال » .

والرأي في التقنينات التي تحدد أشخاص الغير ممن يقع الإكراه بالتهديد بالإضرار بهم كالتقنين الفرنسي (م 1113 مدني) والتقنين اللبناني (م 1/210 موجبات وعقود) والتقنين العراقي (م 3/112 مدني) والتقنين الأردني (م 137 مدني) أن هؤلاء الأشخاص غير مذكورين على سبيل الحصر ، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحدًا من هؤلاء قامت قرينة على أن الإكراه متحقق ، وإذا هدد غير هؤلاء وجب إثبات أن الخطر الذي يهددهم أثر في نفس المتعاقد إلى حد الإكراه .

هذا وقد ظفر الإكراه في الفقه الإسلامي بعناية لم يظفر بها في أي عيب آخر من عيوب الإرادة ، حتى إن المذهبين الشافعي والحنفي جعلا الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى . فالغلط والتدليس يجعلان العقد غير لازم فيكون للعاقد الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، أما في الإكراه فالمذهب الحنفي يتردد بين فساد العقد ووقفه وكلاهما أشد من عدم اللزوم . والمذهب الشافعي يجعل جزاء الإكراه البطلان ، أما المذهب المالكي فيجعل تصرف المكره غير لازم .

والإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه . ذلك أن الإرادة في الفقه الإسلامي تتكون من عنصرين . هما الاختيار والرضاء . والإكراه على نوعين : إكراه ملجيء وهو الإكراه الذي يهدد بفوات النفس أو العضو ، وإكراه غير ملجيء وهو الإكراه بما دون ذلك كالحبس أو القيد أو الضرب . وكل منهما يعدم الرضا . ويفرق بينهما في أن الإكراه الملجيء يفسد الاختيار فيؤثر في التصرفات القولية والتصرفات الفعلية ، أي في التصرفات القانونية والوقائع المادية ، فيفسد الأولى ويصلح عذرًا يعفى من المسئولية عن الثانية . أما الإكراه غير الملجيء فلا يفسد الاختيار ومن ثم يؤثر في التصرفات القولية دون الفعلية ، فسواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجيء فإنه يكون معتبرًا في التصرفات القانونية باعتباره عيبا من عيوب الإرادة .

=

وتلحق الإجازة عقد الإكراه صراحة أو ضمنًا ، ولا تفيت المدة الطويلة حق الرجوع ، ولا توجب لزوم عقد الإكراه ؛ فالضرر لا يجاز ولو مضت السنون متى كان ظلمًا (1) .

وأما الغبن فإن وقع على الصغير المميز أو على محجور عليه فالنظر لوليه ، والغبن في القسمة يجوز الخيار في بعض صورها ، وسيأتي تفصيل ذلك في البيع عقارًا أو منقولًا وفي القسمة .

بند [58] صيغة العقود القانونية

القانون الفرنسي : في القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محددة وأعمال كثيرة ، والآن تكفي الإرادة في تحديد الاتفاق مثلًا كالبيع فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد . ولكن القانون استثنى عقودًا اشترط فيها العلانية لشدة العناية بها وهي :

أولًا – الزواج الذي اشترط إعلانه أمام الموظف المختص (2) .

= وقد وردت هذه التفرقة بين نوعي الإكراه في المادة 1007 من المجلة العدلية والمادة 286 من مرشد الحيران . كما وردت هذه التفرقة في المادة 2/122 من التقنين العراقي . والمادتين 136 ، 138 من التقنين الأردني . ومع ذلك فإن حكم الإكراه في التصرفات القانونية لا يختلف بحسب ما إذا كان ملجئًا أم غير ملجىء ، ولهذا نصت المادة 115 من التقنين العراقي على أن « من أكره إكراها معتبرًا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » ونصت المادة 141 من التقنين الأردني على أن « من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجاز المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحًا » . (انظر عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي 2/198 – 235 ، وانظر المواد 948 و 949 و 1003 – 1006 من المجلة ، والمواد 285 – 299 من مرشد الحيران) والمادة 1/156 و 2 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 30 ، 31 .

(1) قاعدة : الضرر لا يكون قديما .

(2) انظر : البنود من 63 إلى 76 في الباب الثالث من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 18 ، 19 ، 20 . كذلك انظر : البنود من 1401 إلى 1408 في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ص 6 ، 7 ، 8 . كذلك انظر : بند 931 في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الثاني من هذا التعريب ، الجزء الأول ص 206 . كذلك انظر : بند 2074 وبند 2075 في الباب الأول من الكتاب السابع عشر من تعريب القانون ، الجزء الثاني ص 153 . كذلك انظر : البنود من 2146 إلى 2156 في الباب الرابع من الكتاب الثامن عشر من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الثاني ص 175 ، 176 ، 177 ، 178، 179 وانظر أيضا : البنود من 1249 إلى 1252 ، في الباب الخامس من الكتاب الثالث من تعريب نفس القانون ، الجزء الأول ص 280 ، 281 .

ثانيًا – عقد ترتيب أموال الزوجين الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

ثالثًا – عقد الهبة الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

رابعًا – عقد الرهن الذي يجب تحريره عند مسجل العقود .

خامسًا – حلول شخص محل دائن في الحقوق والتقاضي بدفع قيمة الدين للمدين ليبري ذمته قبل دائنه على أن يبقى المدين وجها لوجه قبل الحال ، لا بد من تحريره أمام مسجل العقود .

بند [59] القانون الروماني

القانون الروماني مجرد التعاقد بالبيع لا ينقل الملكية بل يفيد التزام المتعاقدين كل بما تعهد به ، فبعد الصيغة تبقى ملكية المبيع على ذمة صاحبه . حتى يعمل أحد أمور ثلاثة :

1 – الإشهاد على التسليم ، وهو أن يحضر البائع والمشتري في جلسة علنية مع حضور خمسة شهود بُلَّغ وطنيين رومانيين ويد ميزان ، فيأخذ المشتري الشيء المبيع ، ثم يقول : أعلن أن هذا الشيء ملكي ، وقد اشتريته بهذا المبلغ ، ثم يضرب كفة الميزان بالنقد الذي معه ، وهذا كان فيما يمكن تسليمه وفيما إذا كان للمتعاقدين حق التجارة ، ويكون أمام قاض .

2 – الترك فيترك البائع الشيء المبيع إلى المشتري أمام الحاكم في شكل قضية وهمية .

3 – النقل ، وهي أن ينقل البائع إلى المشتري شيئًا جسمانيا من المبيع بشروط محدودة ، وهي طريقة تمليك العامة فيمكن للغرباء استعمالها أيضًا [1] .

---

(1) « يتم البيع في القانون الروماني بمجرد الاتفاق على الثمن ، ولو لم يحصل نقده . ولو دفع شيء على سبيل العربون ، إذ العربون ليس سوى دليل على حصول العقد . لكن يلاحظ أن هذا خاص بالبيوع التي تعقد بغير الكتابة ، والتي لم يسبق تناول أحكامها . أما البيوع التي تحصل بالكتابة ، فقد قررنا أنها لا تتم إلا إذا وقع الطرفان إمضاءهما على ورقة العقد المكتوبة ، بخطهما أو بخط شخص آخر . وإذا كانت تلك الورقة محررة بمعرفة أحد الموثقين العموميين فلا يتم العقد إلا إذا كانت كاملة مستوفية كل الأوضاع الشكلية المقررة ومعتمدة من الطرفين ؛ لأن ورقة العقد ما دامت لم تستوف كل تلك الأوضاع بل كان البعض منها لا يزال ناقصا ، فكل من الطرفين ؛ البائع والمشتري ؛ إذا ندم على ما كان فله أن يعدل عن التعاقد بلا حرج عليه . لكن هذه السلامة من الحرج عن العدول عن التبايع لم تقرر إلا إذا لم يكن هناك عربون قد دفع . أما إذا كان هناك عربون فإن الحكم يختلف ، سواء كان البيع حاصلا بالكتابة أو بغير كتابة ؛ إذ في هذه الحالة إن كان =

المؤلف : ولكن القانون الفرنسي المجموع سنة 1804 أتى بجديد في التشريع كما يزعم شراحه فيقولون : « في القوانين القديمة كانت العقود القانونية تحتاج إلى ألفاظ خاصة وكتابات محدودة وأعمال كثيرة) ، والآن (يعني بعد تحرير قانون سنة 1804) تكفي الإرادة في تحديد الاتفاق مثلًا كالبيع ، فيحدد المبيع والثمن ويتم العقد » وهذا إما جهل بالقوانين السابقة على قانون سنة 1804 ، ومنها القانون السماوي (التشريع الإسلامي) ، وإما غطرسة عن ذكره ، وقد كان أول من وضع قوانين التعامل في سهولة وسرعة فيكفي في البيع بعت واشتريت بثمن كذا ، بل وبدون صيغة ، فقط معاطاة من الجانبين ، كرجل أخذ شيئًا من محل تجارة ودفع ثمنه وخرج ، أو اشترى دابة ودفع الثمن واستلمها ، أو اشترى أرضًا ودفع الثمن فخلى بينه وبينها صح البيع في الجميع . وعن هذه الشريعة التي ملأت طباق الأرض علمًا وعدلًا وقننت أحدث القوانين والنظم ، ولم يصل إلى بعض منها هؤلاء الذين وضعوا قانون سنة 1804 أخذ التشريع الوضعي ، ولم تسمح ضمائرهم بذكر شيء عنها ، ولكن صدق الله العظيم إذ يقول : ﴿ يُرِيدُونَ أَن يُطْفِـُٔوا۟ نُورَ ٱللَّهِ بِأَفْوَٰهِهِمْ وَيَأْبَى ٱللَّهُ إِلَّآ أَن يُتِمَّ نُورَهُۥ وَلَوْ كَرِهَ ٱلْكَـٰفِرُونَ ﴾ (1) . وتاريخ هذا التشريع السماوي من سنة 611 م أعني لوجوده الآن 1331 عامًا تقريبًا .

بند [60] التشريع الإسلامي

وجد التشريع الإسلامي في جزيرة العرب حوالي سنة 610 م تقريبًا ، وكان للبيع في الجاهلية عدة أشكال كبيع الملامسة ، وبيع المنابذة ، وبيع الحصاة إلخ . كأن يلمس ثوبًا لم يره ثم يشتريه على أن لا خيار له ، أو إذا لمسته فقد بعتكه ، أو كأن يجعل المتعاقدان النبذ بيعًا (بعتك كذا بكذا على أني إذا نبذته إليك لزم البيع وانقطع الخيار) ، أو بعتك من هذه الثياب ما تقع عليه هذه الحصاة . فقضى فيها بالبطلان ، وشرع أن البيع يصح بإيجاب وقبول ، ووجد التشريع الإسلامي في

= المشتري هو الممتنع عن تتميم العقد فإنه يضيع عليه ما دفعه من العربون ، وإن كان الممتنع هو البائع لزمه رد العربون الذي قبضه ، ومثله معه ، يكون هذا ولو لم يصرح الطرفان بشيء عن العربون » .

انظر : الباب الثالث والعشرين من الكتاب الثالث ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني (في البيع والشراء) ، ص 225 .

(1) سورة التوبة الآية رقم 32 .

أوروبا من فتوح إسبانيا ، وانتشر فيها وفي فرنسا خصوصًا مذهب الإمام مالك في القرن الثاني من الهجرة أعني حوالي سنة 770 م تقريبًا ، وكان القانون الروماني وفيه ما مر ، وكان القانون الجرماني والقانون الكنائسي فلم يُبق على هذه التشاريع الملتوية المعقدة ، فقال في قاعدة عامة : « يتم البيع بإيجاب وقبول ، وتنتقل به الملكية ، وتترتب عليه آثاره متى وقع صحيحًا » (1) . بل شرع أكثر من ذلك وراعى أن التجارة خصوصًا البيع والشراء عصب الحياة الاقتصادية التي يلزم فيها السرعة فقال أيضًا : « ويصح البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة وإن معاطاة من الجانبين » (2) وانظر الآن نحن في سنة 1362 هـ وسنة 1943 م والبيع في أكبر محلات التجارة العالمية على هذه القاعدة ، فيدخل الزائر يجد الثمن مرقومًا على أي نوع يروق له فيطلبه من العامل ويدفع الثمن ويخرج بالمبيع ، وقد نُصَّ في

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها تحقق ارتباط الإيجاب والقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 60 من التقنين الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » ويقابل المادة 32 من التقنين الكويتي .

وهو ما عبرت عنه المادة 104 من المجلة ، حيث جاء فيها : « الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقاتهما » .

انظر : المذكرة الإيضاحية بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

(2) هذا هو ما تناولته المادة 75 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

1 - يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على المعنى المقصود .

2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفات على أن يكون صريحًا .

وتقابل المادة 79 من التقنين العراقي والمادة 93 من التقنين الأردني . وتقابل المادة 34 و 35 من التقنين المدني الكويتي .

وهي مستمدة من الفقه الإسلامي . فقد نصت المادة 346 من مرشد الحيران على أنه « كما ينعقد عقد البيع بالإيجاب والقبول خطابًا يصح انعقاده بهما تحريرا أو مكاتبة ... وينعقد البيع أيضًا بالإشارة المعروفة للأخرس » ونصت المادة 347 من المرشد على أنه « يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطي » . ونصت المادة 173 من المجلة على أنه « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضًا » . ونصت المادة 175 من المجلة على أنه « حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين فيتعد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي . انظر : المبسوط 108/12 ، 109 ، والبدائع 133/5 ، 135 وبداية المجتهد 141/2 ، المغني 4/4 ، 5 ، وانظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 17 .

مذهب الإمام مالك على أن بيع المعاطاة من الجانبين بلا صيغة يصح في كل بيع عظيمًا أو حقيرًا [1] ، وقيده بعض الشافعية بما لم يبلغ حد الجسامة ، وقال المالكية في المشهور : يصح في النوعين .

ولهذا لم يكن الفضل للقانون الفرنسي في القضاء على البيوع الرومانية وغيرها ، بل الفضل كلُّ الفضل للتشريع الإسلامي لأسبقيته على قانون سنة 1804 وتقريره قواعد أدق وأنظم أخذ بعضها القانون الفرنسي الحالي .

لم يستثن [2] التشريع الإسلامي أي عقد عن الآخر فيميزه بالعلانية المذكورة في التشريع الوضعي ؛ فلم يوجب كونه أمام موظف مختص ، فالزواج يتم بالإيجاب والقبول أمام شاهدين ، وتترتب عليه آثاره من نسب وميراث وأبوة وبنوة وحقوق زوجية إلخ ، غير أنه قد اعترى الناس في التزاماتهم ضعفٌ في الأخلاق ووهنٌ في واجباتهم ، وتحلّلٌ في أيمانهم وصدقهم ؛ فوجب إثبات ما تعاقدوا عليه خصوصًا في الزواج والطلاق ؛ فأمر ولي الأمر بمنع القضاة من سماع بعض دعاوى الزوجية بدون سند رسمي صادر من جهة رسمية .

وليس هذا تشريعًا في حقيقة الزواج والطلاق ، وإنما هي توثيقات اقتضتها ظروف التطور الاجتماعي فقط ، واكتفى التشريع في علانية النكاح أن يشهد عليه شاهدان .

وأما عقد ترتيب أملاك الزوجين فليس في الإسلام شيء من هذا فلا علاقة بين الزواج الذي هو عقد حل تمتع كل بالآخر لتكوين عائلة تترتب عليه آثاره القانونية وبين أملاك الزوجة إطلاقًا ؛ فهي جمعية حرة من جميع نواحيها فيحتفظ الزوج والزوجة بأملاكهما منفصلين لكل منهما كامل التصرف فيما يملك إلا ما نص عليه في باب الحجر مثلًا . ولا يوجد أيضًا رهن قانوني على أملاك الزوج لزوجته حتى يحصل إشهاد عند التنازل عنه [3] .

وأما الهبة والرهن فليس من أركانهما أو شروطهما تسجيل عقديهما ، بل

---

(1) قاعدة : بيع المعاطاة من الجانبين بلا صيغة يصح في كل بيع عظيمًا أو حقيرًا .

(2) في الأصل (يستثن) والصحيح ما أثبتناه .

(3) قاعدة : لا يوجد رهن قانوني على أملاك الزوج لزوجته حتى يحصل إشهاد عند التنازل عنه .

الرهن يلزم [1] بالقول ، ولا يتم إلا بالقبض [2] ، وأما الهبة فمن أركانها : واهب ، وموهوب له ، وموهوب ، وصيغة (الإيجاب والقبول) ؛ ففي كل هذه العقود لا يحتاج تكوينها ووجودها شرعًا إلى تسجيلها في سجل أيًّا كان ، فإن اقتضى نظام عام وتشريع وجوب تسجيلها فلا دخل للتسجيل في حقيقة [3]

(1) جاء في حاشية الدسوقي أن الرهن لا يشمل إلا ما هو مقبوض . وظاهره أن غير المقبوض لا يسمى رهنًا . وليس كذلك إذ لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرطًا في صحته ولا لزومه بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ، ثم يطلب المرتهن الإقباض . قال ابن الحاجب : يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به ... حاشية الدسوقي 231/3 .

(2) قاعدة : الرهن يلزم بالقول ولا يتم إلا بالقبض .

(3) هذا هو ما اشترطته المادة 461 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أنه :

1 - يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

2 - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تنعقد الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية .

وتقابل المادة 602 ، 603 من التقنين العراقي .

فالمادة 602 من هذا القانون تنص على أنه : « إذا كان الموهوب عقارًا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة » .

والمادة 603 تنص على ما يأتي : 1- لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة . 2- وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في مجلس الهبة أو مدته (أي مدة الإذن) . أما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة . وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة .

وتقابل المادة 525 من التقنين الكويتي التي تنص على ما يأتي :

« 1 - يتوقف نفاذ عقد الهبة على أي إجراء تُعَلِّقُ النصوص التشريعية نقل الملكية عليه ، ويجوز لكل من طرفي العقد استكمال الإجراءات اللازمة .

2 - ويعتبر العقد قد تم ولو بقي شيء في يد الواهب إذا كان وليًا أو وصيًا أو قيمًا قائما على تربية الموهوب له .

وفي الفقه الإسلامي عند الحنفية لا ينتقل ملك الموهوب إلا بالقبض . أما قبل القبض فتصح الهبة ، ولكنها تكون هبة غير لازمة (البدائع 121/6 ، الهداية على هامش فتح القدير 113/7 - 117) .

وعند الشافعية والحنابلة ، لا تلزم الهبة ولا ينتقل المالك إلا بالقبض من الواهب (المهذب 447/1 ، المغني 591/5 - 593) .

وعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم ، وله أن يقبض الهبة بغير إذن الواهب . وهذا مبني على القول المشهور عندهم من « أن الموهوب له يمتلك الشيء الموهوب بمجرد العقد » (انظر المادة 530 من تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك ومذكرتها الإيضاحية) . ويتضح من ذلك اتجاه القوانين المدنية العربية إلى أنه يلزم لانعقاد الهبة فوق الإيجاب والقبول أن تكون بورقة رسمية سواء في العقار أو المنقول ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ، ولا تتم هبة العقار إلا إذا كانت بورقة رسمية . ويجوز أن تتم هبة =

وجودها الشرعي [1] .

بند [61] القانون الفرنسي

حرية المتعاقدين في العقود القانونية وما يؤثر على العقود : الطرفان يملكان كل حرية في التعاقد بشروط بينهما تصبح قانونًا لهما بلا قيد ولا شرط ، إلا ما يخالف النظام العام أو الأخلاق الفاضلة . والذي يمكن أن يؤثر على العقد القانوني فيغير من نتائجه أحد أمرين : إما شرط فيه ، وإما أجل محدود .

فالشرط في العقد هو حادث مستقبل مذكور في العقد متعلق بوجود الحق أو إلغائه . والشرط قسمان : مُوقِف (معلق) للحق ، أو مبطل له ، فالشرط الموقف للحق هو حادث مستقبل غير محقق يذكر في العقد متعلق بوجود حق مثل : (أتعهد لك بدفع ألف متى نجحت في الانتخابات بجهة كذا يوم كذا) ، فما دام لم يأت الشرط فعند المتعهد له أمل فقط ، فإذا أدى المتعهد من نفسه ما تعهد به في هذه الحالة فله الحق في استرجاع ما أدى ؛ لأنه أدى ما لم يجب عليه ، ولا يصح إجباره على ما لم يجب . فإن تحقق الشرط وجب الأداء وكأنه عقد قانوني بسيط واجب النفاذ مقدمًا ، وإذا لم يتحقق الشرط لم يجب شيء وكأن هذا التعهد لم يكن شيئًا [2] .

بند [62] التشريع الإسلامي

متى تم التعاقد ولزم وجب على كل من الطرفين القيام بما التزم به إلا لوجود شرط أو ضرب أجل ، فالالتزام المعلق على شرط (كإن شفى اللّه مريضي مثلًا

= المنقول دون الحاجة إلى ورقة رسمية ؛ فكما تتم هبة المنقول بورقة رسمية تتم هبة المنقول بالقبض . وفي هذه الحالة يغني القبض عن الورقة الرسمية . وليست هناك طريقة محددة للقبض وبذلك يصبح قبض الهبة معادلًا لتسليم المبيع . والسند الشرعي للنص المقترح فيما يتعلق بالرسمية هو مصلحة حفظ المال ودفع الخصومة . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامي ص 161 .

(1) جاء في الشرح الكبير في هبة الدين اشتراط ألا يهبه لمن عليه بل لغيره واشتراط الإشهاد في رهنه ، وكذا دفع ذكر الحق أي الوثيقة على قول . وقيل : هو شرط كمال كالجمع بينه وبين من عليه الدين الشرح الكبير 99/4 .

(2) انظر : البنود منْ 1168 إلى 1182 ، الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 260 ، 261 ، 262 ، 263 .

فلك ألف فَشُفِي) متى وقع الشرط لزم فيقضى به إذا وُجِد المعلق عليه وكان الملتزم له معينًا ، فالتعاقد تام غير لازم إلا بحصول الشرط ، وللملتزم على شرط أن يتصرف فيما التزم قبل حصول الشرط أو حلول الأجل متى كان الأجل مجهولًا كإن جاء زيد الغائب مثلًا ، فإن كان الشيء معينًا كعبد أو دار أو دابة ، وكان الأجل معينًا كسنة أو شهر يمنع الملتزم من إخراجه عن ملكه لنهاية المدة [1] .

فإن أدى الملتزم الشيء الملتزم به قبل حلول الشرط فقد أدى ما لا يجب عليه وعلى من قبض شيئًا لا يستحقه أن يرده لمن أخذه [2] منه بدون

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 251 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ؛ كما يتفق مع ما جاءت به المادة 265 مدني مصري ، والمادة 325 من مشروع التقنين الكويتي والمادة 286 من التقنين العراقي . وتنص هذه المواد القانونية على ما يأتي :

1 - العقد المعلق هو ما كان متعلقًا على شرط واقف أو فاسخ .

2 - يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلًا .

وهو ما قررته المادة 393 من القانون المدني الأردني ، ونصها : « الشرط التزامٌ مستقبلٌ يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه » .

ونصت المادة 295 من هذا القانون على أن « التصرف المعلق هو ما كان مقيدًا بشرط غير قائم أو بواقعة مستقبلة ويتراخى أثره حتى يتحقق المشروط وعندئذ ينعقد سببا مفضيًا إلى حكمه » (انظر المادة 315 - 319 من مرشد الحيران) .

(2) يتفق هذا مع ما جاءت به المادة 193 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذًا لالتزام لم يتحقق سببه ، أولا لتزام زال سببه دون أن يتحقق » .

ويتفق الحكم بذلك بوجه العموم مع ما جاء في المادة 182 مدني مصري والمادة 235 من القانون المدني العراقي ، ونصها :

1 - إذا وفى المدين التزاما للمدين لم يحل أجله ظانا أنه قد دخل فله استرداد ما دفع .

2 - على أنه لا يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودًا ألزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل وتختلف هذه المادة مع مقررات الفقه الإسلامي في موضوع الفائدة وإلزام المدين بردها مع ما عجل في الوفاء به .

وتقابل المادة 298 من القانون الدني الأردني التي تنص على أنه : « يصح كذلك استرداد ما دفع وفاء لدين لم يحل أجله وكان الموفي جاهلًا قيام الأجل » وكذا المادة 265 من التقنين الكويتي التي تنص على أنه : « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلًا الأجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المنجز في حدود ما لحق بالمدين من ضرر » انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 65 .

حق [1] .

فالمتعاقدان حُرَّان في التعاقد بما يريان لهما من شروط ؛ فتصبح محترمة بينهما بلا قيد ولا شرط ، إلا ما أحل حرامًا أو حرم حلالًا أو خالف إجماعًا أو قانونًا واجب النفاذ . ولكل من الطرفين التمسك بنصوص العقد وتنفيذها فلا يُنْقَض إلا برضاهما ، فإن كان العقد فاسدًا نقض لفساده بسببٍ موجبٍ لذلك .

بند [63] القانون الفرنسي

الشرط المبطل للحق هو حاث مستقبل غير محقق متعلق بإلغاء حق في عقد قانوني مثل (بعتك كذا بألف على أني إن دفعت لك الألف في خمس سنين أسترد المبيع) فإن مضت المدة ولم يدفع اعتبر كأنه عقد قانوني بسيط من يوم إتمامه ، وإن دفع المبلغ في المدة عاد المبيع إليه وكأنه لم يحصل بيع بتاتا ، وهذا هو المسمى (بيعٌ وفائيٌّ) . وينتج من هذا الشرط المبطل أن المشتري إذا رتب حقا عينيا على المبيع بشرط مبطل ، ثم عاد المبيع لصاحبه بطلت كل الحقوق المترتبة على العين المبيعة المذكورة مدة البيع من المشتري ؛ لأن الإلغاء يعمل في الماضي فكأنه لم يوجد بيع ، فتصرفات المشتري وقعت في غير ما يملك فهي باطلة قانونا [2] .

بند [64] التشريع الإسلامي

الالتزام في البيع بشرط أو لأجل لا يمنع انعقاده إلا إذا كان متنافيًا مع طبيعة العقد ؛ لأن البيع عقد معاوضة ، ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه والأجل لا يوقف الالتزام ولا يعلقه ، وإنما هو غاية للإيفاء فيؤخر التنفيذ مع لزوم العقد بالنسبة لمدة الأجل [3] .

---

(1) قاعدة : على من قبض شيئًا لا يستحقه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق .

(2) انظر : البنود من 1183 ، 1184 ، الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 263 .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 131 من التقنين العراقي ، ونصها :

1 - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جاريًا به العرف والعادة .

2 - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانونا أو مخالفًا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد » . ويتفق أيضا مع المادة 164 من التقنين الأردني ، والمادة 175 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح =

وقد اختلف المجتهدون في بيع السلعة بثمن مؤجل بشرط رهن المبيع ؛ فقالت الشافعية : لو شرط رهن المبيع بالثمن بطل البيع لاشتماله على شرط رهن ما لم يملكه بعد [1] ، فإن كان الرهن بعد عقد البيع صح ، فإن كان في صلب العقد أو قبل الملك بطل البيع . وقالت الحنابلة : شرط البيع أن يكون منجزا [2] ، فلا يصح البيع ولا الشراء معلقا كبعتك إذا جاء رأس الشهر أو بعتك إن رضي فلان ؛ لأنه عقد معاوضة . ومقتضاه نقل الملك حال العقد والشرط يمنعه . وأما رهن المبيع على ثمنه فهو جائز (بعتك هذا بعشرة على أن ترهنه نظير ثمنه فرضي صح) فيجوز فسخ البيع لفقد الشرط .

وقال المالكية : يصح بيع السلعة لأجل على شرط رهن المبيع [3] فإن كان الرهن

= بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35 .

(1) لو شرط أن يكون المبيع رهنًا بالثمن قال الشافعي : البيع مفسوخ . قال الأصحاب : ذلك ينى على قولنا : البداية في التسليم بالبائع أو بالمشتري أو يتساويان ليكون الشرط مغيرًا مقتضى العقد . وتعليله أن التسليم إذا وجب عليه بمقتضى العقد فاشتراط أن يكون البيع رهنًا في يده على الثمن تغيير مقتضى العقد في إيجاب التسليم فيفسد . الوسيط في المذهب 75/3 ، 76 .

(2) جاء في شرح منتهى الإرادات : أن الشرط الذي (لا ينعقد معه بيع) هو المعلق عليه البيع ، كبيعه كذا إن جاءه أو رضي زيد ، أو اشتريت كذا إن جئتني أو إن رضي زيد بكذا لأنه عقد معاوضة وهو يقتضي نقل الملك حال العقد . والشرط يمنعه (ويصح بعت)إن شاء اللّه لأن القصد منه التبرك لا التردد غالبًا 164/3 ، 165 كما جاء في نفس المصدر : ما كان من مصلحته أي المشترط له كتأجيل الثمن وبعضه إلى أجل معين ... ويدخل فيه لو باعه وشرط عليه رهن المبيع على ثمنه فيصح نصًا ؛ فإذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أن ترهنيه على ثمنه فقال اشتريته ورهنتك صح البيع والرهن .

(3) جاء في مواهب الجليل (وأجبر عليه إن شرط ببيع وعين وإلا فرهن ثقة . 17/5 قلت . أرأيت إن بعته بيعًا أو أقرضته قرضًا على أن يعطيني فلانًا حميلًا بعينه أيجوز ذلك ؟ قال : أرى ذلك جائزًا إن رضي فلان . فإن أبى فلان فلا بيع بينهما ولا قرض إلا أن يشاء البائع أن يمضي البيع بحميل غيره أو بغير حميل فيجوز ذلك قال : وهذا إذا كان الحميل الذي شرط في البيع قريب الغيبة أو بحضرتهما ولم يتباعد ذلك . قلت لمالك فالرجل يبيع السلعة على أنه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا وكذا يسميه فلا بيع بينهما . قال : شرطهما باطل والبيع لهما لازم . وفي المدونة 220/3 إن شرط رهنًا مطلقًا بغير عينه ثم أبى المشتري دفعه خير البائع في إمضاء البيع بغير رهن . وجاء في المدونة إن بعت منه سلعة بثمن إلى أجل على أن تأخذ به رهنًا ثقة عن حقك فلم تجد عندك رهنًا فلك نقض البيع أو تركه بلا رهن . التاج والإكليل 17/5 . وجاء في حاشية الدسوقي شرط لصحة بيع المعقود عليه ثمنًا أو مثمنًا طهارته ... 10/3 قوله (فيعمل بالشرط) هذا ظاهر إذا كان الشرط في صلب العقد وأما إذا تطوع به أحدهما للآخر بعده ففي المسألة قولان وظاهر المصنف اعتباره ، لأن قوله إلا لشرط يشمل الواقع في العقده وبعده . حاشية الدسوقي 28/3 .

معينا أُجْبِر المشتري على دفعه للبائع إن امتنع ، وإن كان غير معين فشرطه يجوز ، وعليه رهن ثقة فيخير البائع . وشبهه في غير معين في فسخ البيع وإمضائه ؛ فالفسخ مأخوذ من مفهوم الشرط .

فالشرط حينئذ مفسخ للبيع متى تمسك به المشروط لمصلحته ، وما ترتب على العقد الذي فُسِخ هو حفظ حق البائع على مبيعه ، إلا إذا منع مانع شرعي من إرجاعه عينا . ولكل عقد حكمه صحيحًا وفاسدا في بابه فليُرْجَع إليه . أما البيع بشرط (أني إن دفعت لك الألف في خمس سنوات أسترد المبيع) ، فهو بيع فاسد ، والشرط باطل إن وقع الاشتراط في صلب العقد ، وهو المعروف (ببيع الثنيا) ، وهو البيع الذي اشترط بائعه إرجاع المبيع له إن أتى بالثمن ، فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز . وليس للمشتري تصرُّف بإخراجها لغير البائع في التطوع بها . وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا ، وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف بعتق أو بيع نفذ ، وإنما للبائع منعه إذا قام عنده إرادة التصرف وقبل أن يتصرف بالفعل إذا أحضر له الثمن . وهذا كله إذا لم يضربا أجلا وإلا عُمِل به . ويجوز شرط (إن بعتها فأنا أحق بها) في الإقالة من البيع بأن باع زيد لعمرو سلعة ، وطلب زيد الإقالة من عمرو ، فقال عمرو : أقلتك على شرط إن بعتها لغيري فأنا أحق بها ، فهذا الشرط جائز معمول به (1) .

وكل حق رتبه غير المالك على عين ليست ملكًا له فهو باطل ، ولا أثر له (2) ، وكل تصرف في ذات أو منفعة مملوكة للغير فهو باطل (3) .

بند [65] الأجل المحدود

القانون الفرنسي : وهو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق أو تلاشيه ، والأجل المحدد قسمان : معلق للحق ، وملاش له .

---

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 181 من التقنين العراقي والمادة 242 من التقنين الأردني والمادة 1/217 م التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 35 .

(2) قاعدة : كل حق رتبه غير المالك على عين ليست ملكًا له فهو باطل ولا أثر له .

(3) قاعدة : كل تصرف في ذات أو منفعة مملوكة للغير فهو باطل .

فالأجل المعلق للحق هو حادث مستقبل محقق الوقوع متعلق باستعمال الحق كما إذا أقرضت آخر مبلغًا 100 على أن يدفعه بعد ثلاثة أشهر ، فليس للدائن المطالبة بحقه ولا إجبار المدين بالدفع مادام لم يمر الأجل المحدد ، فإن دفع المدين في هذه الحالة فقد وفى دينه ، وإن كان لم يجب ؛ لأن الحق موجود من وقت العقد (فليس كالبيع الوفائي) . ومتى حل الأجل فليس ما يمنع الدائن من عمل ما يراه قانونًا للحصول على حقه . والأجل المذهِب للحق حادث مستقبل محقق الوقوع يضع نهاية لاستعمال حق كتعهد شركة التأمين على الحياة بدفع مقرر سنوي لشخص حتى موته نظير ترك رأس المال ، فالحق مستعمل قبل وجود الأجل ، وينتهي بوجود الأجل ، ولا يرجع للماضي [1] .

بند [66] الأجل

التشريع الإسلامي : متى وقع العقد صحيحًا لازمًا فقد انشغلت ذمة الطرفين المتعاقدين كل بما التزمه [2] ، ومقتضى الوفاء بالالتزام المسارعة إلى إبراء الذمة مما يشغلها . غير أن الناس يعرض لها في بعض الحالات ألا تجد الملتزم به عقب العقد مثلًا أو لا تجد الثمن في المبيع فيوصف التعاقد بأنه لأجل [3] .

أما في الثمن كما لو باع دابة بعشرين على أن يدفعها في نهاية ستة أشهر صح البيع ولزم ، وانشغلت ذمته بالعشرين . غير أن أداءها لا يجب إلا في تمام الأجل فلو دفعها قبل الأجل فقد وفَّى ما تعهد به ، وبرئت ذمته ، فلا يجب عليه دفعها عند الأجل مرة أخرى ، وليس للدائن أي حق في المطالبة بالدفع مدة الأجل ، فالأجل مانع للطلب لا للالتزام [4] فقد حصل بمجرد العقد ، فإن كان الدين عينا

(1) انظر : البنود 1185 إلى 1188 الفصل الثاني ، من الباب الرابع ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 264 ، 265 .

(2) قاعدة : متى وقع العقد صحيحًا لازمًا فقد انشغلت ذمة الطرفين المتعاقدين كل بما ألزمه .

(3) جاء في الخرشي 95/4 تفريق : فيمن باع لأجل ثم اشتراه بجنس ثمنه من عين وطعام وعرض بين أن يكون البيع نقدًا أو لأجل ، وجاء في مواهب الجليل 226/4 أن بيع الأعيان ينقسم إلى أقسام كثيرة من حيثيات متعددة فينقسم من حيث تأجيل أحد عوضيه أو كليهما إلى أربعة أقسام ؛ لأنه إن لم يكن فيها تأجيل فهو بيع النقد وإن تأجلا معًا ابتداء فهذا الدين بالدين وهو ممنوع وإن تأجل الثمن فقط فهو البيع إلى أجل وإن تأجل المثمون فقط فهو السلم .

(4) قاعدة : الأجل مانع للطلب لا للالتزام .

لزم الدائن قبوله ، وإن كان غير عين فيجبر إن كان في محل القضاء وحل الأجل ، وإلا فلا يجبر . وأما في المثمن فإذا عَلّق الملتزم الالتزام على أجل معين كسنة أو شهر ، وكان الشيء معينًا كعبده ودابته وداره فإنه يمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه ، فإذا كان الأجل مجهولا كإن جاء زيد الغائب فإنه لا يُمْنَع من البيع ، فلو ضاع ما التزمه أو تلف بتفريطه لزمه قيمته أو مثله .

وقد يكون الأجل مُذْهِبًا للحق كمن أعار أرضًا لزيد لزرعها والانتفاع بها مدة معينة من الزمن فبمضيِّ هذه المدة تلاشى حق الانتفاع [1] ، ولا يرجع للماضي ، وأما ما ذكر في القانون الفرنسي من ضرب المثل بشركة التأمين على الحياة فعقدها باطل شرعًا لما فيه من عدة شروط فاسدة فضلا عن أنه متروك للقدر ، وفيه غرر ، وسيأتي شرحها في محله إن شاء الله .

بند [67] نتائج العقود القانونية

القانون الفرنسي : نتائج العقود القانونية لا تكون إلا للأشخاص المشتركين فيها ، فلا يضر ولا ينفع الشخص الثالث بها .

والمراد بكلمة (أطراف العقد) هو كل شخص اشترك في تكوين هذا العقد ولولاه ما وُجِد ، وقد سبق أن من العقود ما يوجد بشخص المشهد ، وما يوجد بشخصين وبثلاثة ، وتوجد أشخاص تشبه طرفي العقد وهو من انتقل إليه الحق أو من أصبح مالكًا للحق ، فصاحب الحق الأصلي يقال له (السبب) ، ومن انتقل إليه الحق قسمان :

1 - الذي انتقل إليه الملك بصفة عامة كالذي انتقل إليه ما تركه المتوفى أو جزء

---

(1) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 1008 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة 1257 من التقنين العراقي والمادة 952 من التقنين الكويتي . وتتفق مع المادة 1215/ من التقنين الأردني . ويتفق الحكم الذي قررته هذه المواد بوجه العموم مع ما يقرره الفقه الإسلامي ، حيث ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين إذا تعين له أجل وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع ، فقد استقر رأي الحنفية على عدم توارث ملكية المنفعة وإن كانوا يستثنون منها المرور والشرب (البدائع 353/7 ، 354) وذلك على خلاف الشافعية والحنابلة ؛ لأن المنافع تورث عندهم باعتبارها أموالًا . وقد نصت المادة 35 من مرشد الحيران على أنه « ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع وبانقضاء المدة المعينة له إن كان له مدة وبهلاك العين المنتفع بها » . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 407 ، 408 .

منه كالوارث والموصَى لهم .

2 – الذي انتقل إليه الملك بصفة خاصة كمن يملك من شخص آخر أملاكًا محدودة سواء بين الأحياء أو بعد الوفاة وهم الموصَى لهم بشيء خاص ، والفرق بينهما أن الأول ملزم بدفع الدين الذي لزم من ملكه ؛ لأنه ملك تركة لها وعليها ، والثاني لا يدفع شيئًا ؛ لأنه مَلَك شيئًا محدودا من التركة وهما معًا يتلقيان الأملاك بما عليها من حقوق ارتفاق ورهن وخلافهما (1) .

بند [68] التشريع الإسلامي

نتيجة العقود لا تلزم ولا تعود إلا على من تعاقدها بمنفعة أو خسارة ، وكل من اشترك في وجود العقد وكان ركنًا فيه يكون طرفًا للعقد (2) ، أما الالتزام الصادر عن شخص واحد فليس فيه معنى العقد المقتضي طرفين ، وقد تعود ثمرة العقود وأضرارها على من ينتقل إليهم التزاماتها كالوارث مثلًا فإنه يتلقى تركة مورثه بما لها وما عليها من حقوق والتزامات تقررت في حياة المورث عليها .

وقد ينتقل الالتزام إلى آخر في حياة الملتزم كهبة شيء معين عليه حق للغير أو ينتقل بعد وفاة الملتزم لوارثه أو لموصى له .

والقاعدة الشرعية أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولا وصية إلا بعد سداد الدين (3) فالدين الذي التزم به المتوفى مقدم على الوصية والميراث ، فإن التزم من ورث كل أو بعض التركة بسداد دين التركة فله ذلك (4) ، وتورَّث التركة بما لها

---

(1) انظر : البنود من 1165 إلى 1167 ، الفصل السادس ، من الباب الثالث ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 259 ، 260 .

(2) قاعدة : كل من اشترك في العقد وكان ركنًا فيه يكون طرفًا للعقد .

(3) قاعدة : لا تركة ولا وصية إلا بعد سداد الدين .

(4) جاء في الشرح الكبير : – ثم تقضى من رأس ماله ديونه التي لآدمي كانت بضامن أم لا . الشرح الكبير 458/4 . وجاء في حاشية الدسوقي وحق تعلق بالميت أي وهو مؤن تجهيزه ، وقوله حق تعلق بالذمة أي بذمة الميت وهي الديون المرسلة أي المطلقة عن الرهن الخالية عنه 457/4 . وجاء في الخرشي أنه تصح الوصية للميت إن علم الموصي بموته ، ويصرف المال الموصى به في دينه إن كان على الميت دين وإلا فهو لوارثه 170/8 وجاء في الخرشي وتخرج الديون كانت بضامن أم لا ؛ لأنها تحل بموت المضمون ... الخرشي 197/8 .

وما عليها ، ولا فرق بين من ينتقل إليه الملك بصفة عامة كالوارث أو بصفة خاصة كالموصى له في عدم الالتزام بدفع دين المتوفى إلا بمقدار التركة إلا أن يلتزما بذلك [1] . فإن لم تبق تركة فلا ميراث ولا وصية ولا ديون عليهما بصفة كونهما ورثة أو موصى لهم قبلوا الوراثة أو رفضوها إلا أن يلتزموا سداد دين التركة كما قلنا (فالغرم بالغُنم قدرا بقدر) [2] .

بند [69] إلغاء العقود القانونية

القانون الفرنسي : إلغاء العقود القانونية [3] يشمل ثلاثة أشياء :

أولًا – عدم الوجود . **ثانيًا** – الإلغاء المطلق . **ثالثًا** – الإلغاء الخاص .

أسباب خاصة لأنواع الإلغاء المختلفة :

أولًا – عدم وجود العقد القانوني ، وهو العقد الذي لم يتحقق في تكوينه شرط أساسي أو فقد العلانية فيما اشترط القانون ذلك مثل عدم الإرادة ، وعدم مادة التعاقد ، وعدم تسجيل العقد القانوني عند مسجل العقود فيما نُصَّ على ذلك قانونًا .

ثانيًا – الإلغاء المطلق ، وهو العقد الذي جمع الشروط القانونية ، ولكنه خالف النظام العام أو العادات الحسنة ، وتارة يكون الإلغاء منصوصًا عليه قانونًا وهو الإلغاء الحرفي ، وتارة يكون بطريق المفهوم من وضع قانوني حرمه القانون .

ثالثًا – الإلغاء الخاص ، وهو في حالتين فقط محدودتين .

أولًا – في حالة عدم أهلية التعاقد .

ثانيًا – في حالة وجود نقص في الرضا : غش ، خطأ ، قهر (إكراه) إلخ .

وليس بين عدم وجود العقد والإلغاء المطلق فرق حتى إن بعض العلماء جعلهما واحدا ، وبين الإلغاء المطلق والإلغاء الخاص الفروقات الآتية :

---

(1) تخرج وصاياه من ثلث باقي ماله إن وسع جميعها والأقدم الآكد ، ثم إن بقيت بقية من التركة فلوارثه فرضًا أو تعصيبًا أو هما معًا . الخرشي 198/8 ومثله في حاشية الدسوقي 458/4 كذلك الشرح الكبير .

(2) قاعدة : الغرم بالغنم قدرًا بقدر .

(3) انظر : البنود من 11304 إلى 1314 ، الفصل السابع ، من الباب الخامس من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 294 ، 295 ، 296 .

أولًا – الإلغاء المطلق يمكن لكل من يهمه أمره طلبه أمام المحاكم ، والإلغاء الخاص شُرِعَ لحماية أشخاص معروفة (عديمي الأهلية ، من لم تكمل إرادته) .

ثانيًا – يمكن التنازل عن الإلغاء الخاص فيصير العقد صحيحًا ، ولكن في الإلغاء المطلق لابد من عمل العقد ثانيًا مستوفيًا للشروط المطلوبة قانونًا .

ثالثًا – الإلغاء المطلق يمكن أن يكون بقوة القانون أحيانًا بدون استصدار حكم للإلغاء ، والإلغاء الخاص لا بد من صدور حكم يزيل أثر العقد المتصف بالنقص الخاص .

رابعًا – الإلغاء المطلق لا يختفي بمضي المدة بخلاف الإلغاء الخاص . وسَوَّى بعض العلماء بين الإلغائين في قواعد مُضِيِّ المدة .

بند [70] التشريع الإسلامي

كل عقد يصح عمله شرعًا كالبيع ، والرهن ، والإيجار ، والزواج مثلًا متى استوفى أركانه اللازمة لتكوينه ووجوده وقع صحيحًا [1] ، فإن فقد ركنا كعدم وجود بائع أصلا ، أو وجوده في حالة أخرجته أصالة عن أهلية التعاقد ، كصبي غير مميز أو مجنون ، أو فُقِدَت مادة التعاقد أصالة ، أو وجِدَت ولكن في غرر وعدم إمكان تسليم كبيع طير في الهواء أو سمك في الماء ليس في المقدور تسليمه بطل العقد ، بمعنى أنه لم يوجد شرعًا فلا تترتب عليه آثاره ، ويقال له باطل ؛ فلا ينقلب صحيحًا ، ولا يحتاج لحكم بالفسخ إذا لم يتتارك المتعاقدان ، ويصح لكل منهما التصرف فيما التزمه للآخر بلا أدنى مسئولية عليه كمن باع ملك غيره ، ولم يجزه ذلك الغير ، فهذا هو البطلان .

فإن استوفى العقد أركانه التي بها يتم تكوينه ، ولكنه نقص شرط صحته كالإشهاد في الزواج عند الدخول عند مالك فهو شرط صحة ، وكالبيع في المسجد أو وقت أذان الجمعة عند الإمام أحمد بن حنبل فهو وإن استوفى شروطه كعقد ، إلا أنه وقع في مكان نُهِي عن التعامل فيه ، أو في زمان نص فيه على ترك البيع ﴿ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾ [2] قرآن كريم ،

---

(1) قاعدة : كل عقد يصح عمله شرعًا متى استوفى أركانه اللازمة لتكوينه ووجوده وقع صحيحًا .

(2) سورة الجمعة الآية رقم 9 .

فيقال إن العقد فاسد يعني ملغى إلغاء مطلقًا ، فإن لم يطلق الزوج طلق عليه القاضي ولو دخل بها الزوج ووُلِدَ لهما . ولا يصح التصرف ببيع أو هبة أو غيرهما في المقبوض بعقد فاسد [1] ، ويضمن هو وزيادته كمغصوب وهذا هو الإلغاء المطلق [2] . وقد يتم العقد بوجود أركانه ، وتكون شروط صحته موجودة فيه ، غير أن أحد الطرفين كان ناقص الأهلية ، كعقود البالغ السفيه المحجور عليه ، والصبي المميز الذي لم يبلغ رشده ، أو وجدت حالة تقتضي خيار أحد المتعاقدين كعيب في المبيع أو غش أو إكراه ، ففي هذه الأحوال يصح أن يكون العقد محلا للفسخ بطلب من لحقه الضرر أو من يتولى شئون عديم الأهلية نظرًا للمصلحة في ذلك ، وهذا هو الإلغاء الخاص [3] .

وعدم وجود العقد لعدم وجود ركنه غير وجود العقد بوجود أركانه مع فقد شرط صحته ، ففي وجود عقد بوجود أركانه وتخلف شرط صحته ، وفي عدم وجود عقد أصلا لتخلف بعض أركانه ومقومات وجوده وجود حقيقتين مختلفتين

---

(1) قاعدة : لا يصح التصرف ببيع أو هبة أو غيرهما في المقبوض بعقد فاسد .

(2) جاء في مواهب الجليل : قال ابن عبد السلام : وانظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي هل يكون له ما بين الثمنين أو لا ؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره ثم اشتراها ممن باعها به : ليس له ربح لأنه ربح مالم يضمن ، و يفرق بينهما بأن الغاصب ضامن ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامنًا . واختلف المتأخرون في النقل عن المتقدمين هل يشترط ذلك أم لا ؟ فقال ابن عبد السلام : أكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب إلا بعد أن يقبضه ربه ويبقى بيده مدة طويلة حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر . مواهب الجليل 268/4 . وجاء في الخرشي : وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ، ومعناه أن ضمان المبيع في البيع الفاسد لا ينتقل من ضمان البائع إلى المشتري إلا بقبضه قبضًا مستمرًا في العقد المنبرم لا بتمكين المشتري منه ولا بإقباضه الثمن للبائع . الخرشي 85/5 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 6/3 اشتراط التمييز من العاقدين لقيام العقد وانعقاده ، وذلك لأن التمييز شرط في وجود العقد لا في صحته فالمراد شرط وجوده عند عاقده ، لأن فقد التميز يمنع انعقاد البيع بحيث لا توجد حقيقته ، لفقد ما يدل على الرضا لا صحته مع وجود حقيقته تأمل أ هـ . فلا ينعقد من غير مميز ... إلا أنه غير لازم فجعل التمييز شرطًا في لزومه ... وقد اختلف العلماء في حكم بيع الصغير والمجنون ، فأبطله جمهور الفقهاء ، وذهب الأحناف إلى التفريق في بيع الصغير وشرائه بين ما إذا كان مميزا أو غير مميز ، حيث ذهبوا إلى بطلان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لغير المميز . أما المميز فإن تصرفاته هذه تكون موقوفة على إجازة وليه ، إن أجازها جازت وإن لم يجزها بطلت . وفي الشرح الكبير وشرط لزومه في عاقده تكليف ورشد وطوع في بيع متاع نفسه .

قانونًا ، وإلا لما وُجِد فرق بين الركن الذي هو من مقومات ماهية العقد وبين الشرط الذي هو خارج عنها ، فقط يمكن أن يقال إن ما يترتب على الحقيقتين متقارب وهو عدم ترتُّب آثار العقود غير الموجودة والعقود الموجودة الفاسدة .

والفرق بين العقدين :

أولًا – أن العقد الباطل مفروض عدم وجوده شرعًا فيجوز بيع ومُشْتَرَى ما بيع بيعًا باطلًا من غير صدور حكم بفساد البيع الأول ، فتجوز الخطبة والزواج لامرأة وقع عقد نكاحها باطلا بلا حرمة ولا فساد يلحقه بدون احتياج لحكم بالفسخ لعدم انعقاده .

ثانيًا – أن العقد الفاسد لعدم وجود شرط الصحة فيه مفروض وجوده قانونًا ، ولذلك لا يصح تزويج من فسد نكاحها قبل الفرقة بطلاق أو فسخ ، فإن أباها الزوج فسخه الحاكم .

والفرق بين الباطل والفاسد فسادا مطلقا وبين الإلغاء الخاص :

أولًا – أن الإلغاء للبطلان ، والإلغاء المطلق يجوز طلبهما حسبة ؛ لأنه حق عام ، وعلى القاضي متى تحقق له ذلك بالدليل الشرعي أن يحكم بذلك ، وأما الإلغاء الخاص فللوصي النظر في تصرف محجوره ، فإن رآه صوابا أجازه وإلا أبطله ورده [1] .

ثانيًا – أن الإلغاء الخاص يمكن تركه لمنفعة من شرع لحمايته متى رضي بذلك ، فيصبح العقد صحيحًا نافذا بخلاف العقد الباطل والملغى إطلاقًا ، فلابد من عقدهما من جديد بشروطهما وأركانهما .

ثالثًا – متى رضي الطرفان بالتتارك [2] بالعقد الفاقد ركنه أو شرطه صح بلا حاجة لحكم ، وإلا فلا بد من صدور حكم بعدم إقرارهما على عمل باطل أو فاسد يزيل أثره ، فلا ينقلب الباطل صحيحا ولا الفاقد شرط صحته كذلك ولو بمضي المدة الطويلة .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 294/3 : أن المميز إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليه وكانت تلك المعاوضة على وجه السداد ولأجل إنفاقه على نفسه فيما لا بد له منه واستوت المصلحة في إجازتها وردها فإنه يثبت لوليه إذا اطلع عليها الخيار بين إجازتها وردها وهذا هو المشهور ... قال في البيان إذا باع اليتيم دون إذن وصيه أو صغير بدون إذن أبيه شيئًا من عقاره أو أصوله بوجه السداد في نفقته التي لابد له منها وكان لا شيء له غير الذي باع أو كان له غيره ولكن ذلك المبيع أحق ما يباع من أصوله أن هذا البيع صحيح .

(2) تتارك وتتاركوا الأمر بينهم أي اتفقوا على تركه وعدم الإبقاء عليه ، لسان العرب مادة ترك 43/1 .

بند [71] نتائج حكم إلغاء العقد القانوني

القانون الفرنسي :

أولًا – قوة الشيء المحكوم فيه ، الحكم الصادر بإلغاء عقد قانوني يكون معارضًا للجميع ، ولا يتعلق بطرفيه فقط ، وهو حكم مُظْهِر لا مُوجِد .

ثانيًا – آثاره رجعية ، الحكم الصادر بإلغاء عقد قانوني قابل للإلغاء يكون رجعيًا ، ينسحب أثره للماضي فكأن العقد لم يوجد قط [1] .

بند [72] التشريع الإسلامي

ينتج من إلغاء العقد قضائيًا أن الحكم يكون حجة على الجميع ، ولا يتعلق بطرفيه فقط ، وهو في الواقع مُظْهِر للحقيقة لا مُوجِد لها ، فلو حكم القاضي بإلغاء تصرف المجنون والصبي غير المميز فمعناه أنهما لم يصدر منهما تصرف إطلاقًا ، وبهذا ينسحب حكمه لتاريخ التصرف ؛ فلا أثر لهذا التصرف من يوم صدوره ، فالحكم إذًا يحوز قوة الشيء المَقْضِيّ فيه ، وآثاره رجعية على تفصيل سيأتي في محله [2] .

---

(1) انظر : البنود من 1304 إلى 1314 ، الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 294 ، 295 ، 296 .

(2) يتفق الحكم بذلك مع ما جاء في المادة 132 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونصها :

1 - العقد الباطل لا ينعقد فلا يترتب عليه أي أثر ، ولا ترد عليه الإجازة .

2 – ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ... وتطابقها في الحكم المادة 141 مدني مصري ، والمادة 168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي :

1 - العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه ، أو محله ، أو الغرض منه ، أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة .

2 - ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

وتقابل هذه المادة المواد 184 ، 185 ، 186 من التقنين الكويتي ، فالمادة 184 من هذا التقنين تنص على أن : « العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها » . والمادة 185 من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يتصحح بالاجازة » والمادة 186 من هذا التقنين تنص على أن « العقد الباطل لا يصح بمرور الزمن » .

وتقابل كذلك المادة 141 من التقنين العراقي التي تنص على أنه « إذا كان العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 41 .

نتيجة المقارنات من بند 48 إلى نهاية بند 72

يتفق التشريعان فيما يأتي : العقد القانوني ، شروط وجود وشروط صحة ، التعاقد القانوني (في الجملة) ، الإرادة ، الغلط ، الغش ، القهر والتهديد ، الغبن ، صيغة العقود القانونية (انعقاد البيع وانتقال ملكية المبيع للمشتري) ، حرية المتعاقدين في العقود القانونية ، الأجل المحدد ، نتائج العقود القانونية ، إلغاء العقود (عدم وجود العقد ، الإلغاء المطلق ، الإلغاء الخاص، نتائج حكم الإلغاء في الجملة) ، قوة الشيء المحكوم فيه ، آثاره الرجعية .

القسم الثاني « العائلة »

بند [73]

القانون الفرنسي : العائلة هي جملة أشخاص تجمعهم قرابة أو نسب . والقرابة هي رباط الدم الموجود بين أشخاص ولد أحدهم الآخر أو بين أشخاص نزلوا كلهم من مُوجِد واحد عام بعيد تقريبًا .

يوجد نوعان من القرابة : الأول قرابة بخط مستقيم ، وهي التي تجمع السلف بالخلف (كالجد ، والأب ، والابن ، وابن الابن) فكل له على ما بعده ولادة . والثاني قرابة فرعية ، وهي بين أشخاص ليس لأحدهم على الآخر ولادة ، ولكنهم جميعًا ولدوا من شخص واحد(كالاخوة ، والأخوات ، والعم ، وأولاد الأخ) .

ويلزم معرفة سلسلة القرابة ودرجة القرابة . فالسلالة هي سلسلة الأقارب ، فالموجودون لشخص أو سلفه (كأب ، وأم ، وجد صحيح ، وجد كاذب) يكوِّنون سلالة السلف وما تناسل منهم (كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد) يكوِّنون سلالة الخلف وسلالة الأشخاص المتفرعينْ عن موجد واحد يكوِّنون القرابة الفرعية ، ودرجة القرابة هي المسافة الموجودة بين قريبين وتعد درجة بكل بطن [1] .

بند [74] القانون الروماني

العائلة الرومانية ترتكز على سلطة رئيس العائلة ، وسلطان الرئيس هو أساس العائلة والقرابة لا الزواج ، فتحت سلطة هذا الرئيس تظهر العائلة الرومانية بمظهر جماعة منظمة تعيش عيشة خاصة ، فالقرابة لا تعتمد علاقات الدم ، ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة ، فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانوني ، فالقرابة دائمًا تكون من جهة الذكور ، فالولد قريب أبيه وإخوته دون أمه إلا إذا كانت الأم داخلة تحت سلطة زوجها في الزواج [2] .

---

(1) انظر : البنود من 144 – 164 ، الباب الأول من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(2) القرابات في القانون الروماني على أنواع ، منها القرابة الصاعدة ومنها القرابة النازلة وفيها القرابة النطاقية =

بند [75] التشريع الإسلامي

العائلة جملة أشخاص تجمعهم قرابة ، والقرابة هي رباط الدم الموجود بين أشخاص لتفرعهم عن أصل واحد كالولاد وأولادهم إلخ أو لانتسابهم إلى من لهم عليه ولادة كالأب والجد إلخ أو لاجتماعهم في أصل واحد ولو بَعُد كالإخوة والأخوات أو الأعمام ، وهذه هي القرابة العصبية فلا تكون قرابة إلا في العائلة ، وهي التي تُرَاد عند الإطلاق . وأما قرابة النسب أو الرضاع فهي قرابة سببية كالأخ من الرضاع أو الجد والجدة لأم [1] .

والأقارب أصول وفروع وحواش . فالأصول ما كان لها على الشخص ولادة كأب وجد وجد الجد وإن علا . والفروع ما كان للشخص عليها ولادة كالأولاد وأولاد الأولاد وأولاد أولاد الأولاد وإن سفلوا . والحواشي ما جمعهم أصل واحد كإخوة أو أعمام وإن علوا . ودرجة القرابة هي المسافة الموجودة بين قريبين [2] .

بند [76] الزواج

القانون الفرنسي : الزواج هو اجتماع قانوني من شخصين من جنس مختلف متوج بعقد علني لا يمكن للطرفين حله باختيارهما ، ويختلف الزواج عن المعاشرة غير الشرعية أو المعاشرة الحرة بما يأتي :

أولًا - الزواج يكون في حفل علني أمام مسجل العقود المدنية المختص .

= الجانبية التي يطلق عليها أيضًا اسم قرابة الحواشي . فأما الصاعدة فهي قرابة الأصول ، وأما النازلة فهي قرابة الفروع ، وأما الجانبية فهي قرابة الإخوة والأخوات وفروعهم والعم والعمة والخال والخالة . والقرابتان الصاعدة والنازلة تبدآن بالدرجة الأولى ، وأما قرابة الحواشي فلا يكون إلا ابتداء من الثانية .

انظر الباب السادس من الكتاب الثالث . (في درجات القرابة) . من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 183 - 186 .

(1) تناولت المادتان 43 ، 44 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة تعريف أسرة الشخص والقرابة المباشرة وقرابة الحواشي بما لا يخرج عما هو مقرر في الفقه الإسلامي . وهو ما جاء في المادتين 34 ، 35 من القانون المدني المصري ..

وتختلف القرابة عن علاقة الزوجية ، فإن الزوجة ليست من ذوي القربى إذ إن أساس صلتها بالزوج رابطة الزوجية لا رابطة القرابة ، إذ قد لا يجمعهما أصل مشترك فلا يعتبران من ذوي القربى . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

(2) يتفق ذلك مع تعريف قرابة الحواشي في المادة 45 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . انظر : المذكرة الإيضاحية ص 12 .

ثانيًا – ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة قانونًا .

ثالثًا – يرتب بين الرجل والمرأة جمعية تدوم عادة مدة الحياة ، ولا يمكنهما حلها باختيارهما (1) .

بند [77] القانون الروماني

الزواج في القانون الروماني على ثلاثة أشكال وصفات .

أولًا – الزواج : كان اجتماعا شرعيًا بين رجل وامرأة يكونان شركة في المال والدين مدة الدهر ، وبمجرد الزواج تخرج المرأة من سلطة رئيس عائلتها لتدخل تحت سلطة رب عائلة الزوج فتأخذ مكان بنت العائلة ، وكانت الزوجة تدخل تحت السلطان في بيت الزوج بلا قيد ولا شرط ، يعني أن طبيعة عقد الزواج خضوع المرأة للزوج أو لرب العائلة .

ثانيًا – كان بدخول المرأة تحت السلطان من غير دخولها تحت سلطة الزوج فتبقى سلطة رئيس عائلتها سارية عليها كأنها لم تتزوج ، ومميزات هذا الزواج أن الزوجة لا تدخل في عائلة الزوج بل تبقى كما كانت بنتًا ، ولا يُعْلَن هذا الزواج ، ولا شروط له ، وإرادة الزوجين كافية في انعقاده ، وينحل هذا الزواج بالطلاق من الزوج أو الزوجة أو منهما بالتراضي ، ولا تدخل السلطة العامة في هذا الزواج بمعنى أن للزوجين الحرية المطلقة في المعاشرة أو الطلاق كالمعاشرة الحرة بدون زواج (كما في هذه الأيام) .

ثالثًا – اختفاء دخول المرأة تحت السلطان ، وبقي الزواج كجمعية حرة . ويتكون الزواج الشرعي كما يأتي :

أولًا – الزواج مع سلطان الزوج على الزوجة له ثلاثة أشكال :

1 – وكان خاصًا بأشراف الرومان ، يُؤْتَى بعيش من القمح يقدم إلى الرئيس الديني بحضور عشرة شهود والحَبْرْ الكبير ورجال الدين ، ويتم العقد بالنطق بجمل مقدسة .

---

(1) انظر : البنود من 144 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

2 - كان عامًّا ، ويعتبر بيعًا ، ويتم بحضور الزوجين وخمسة شهود وميزان ، ويُنْطَق بجمل مقدسة كالأول وبه يتم الزواج .

3 - كانت تعاشر المرأة الرجل لمدة سنة فيتم الزواج بذلك .

ثانيًا - الزواج بدون سلطة الزوج على الزوجة ، وهذا الزواج ليس له شكل قانوني خاص (1) .

بند [78] التشريع الإسلامي

الزواج عقد شرعي بين ذكر وأنثى يحل به التمتع لغير مُحْرِم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة (2) .

وهو للدوام عادة ، ويمكن للطرفين حله باختيارهما أو باختيار صاحب الحق في الفسخ ، وتترتب عليه آثاره الشرعية في الحقوق المقررة شرعًا .

فالمعاشرة الحرة بلا إيجاب ولا قبول سفاح ، وما ترتب عليها هدر ، ولا تلزم أحد الطرفين نحو الآخر بشيء إطلاقًا ، بل وأوجب الشرع التفرقة بينهما بالقوة حرصًا على العائلة والعقد الشرعي وما يترتب على ذلك من تحريم وميراث إلخ ؛ لأن الشارع يعتبر هذا تقويضًا للنظم الاجتماعية وهدما للكيان البشري الذي نظم حياته بقوانين عامة يجب أن يخضع لها الفرد لمصلحة المجموع ، وينتج عن الزواج الشرعي ما يأتي :

---

(1) النكاح الصحيح في القانون الروماني هو ما يعقده الرومانيون الراغبون في الاتحاد وفقًا لأحكام القوانين . ويشترط لصحته أن يكون الرجال قد بلغوا الحلُم والنساء قد بلغن حد إطاقة الرجال . ولا فرق في ذلك بين آباء العائلات وبين أبناء العائلات ؛ ما عدا أن زواج أبناء العائلات يشترط فيه رضاء أصولهم الذين هم في ولايتهم ، إذ إن رضاء الوالدين مقدمًا ، هو من الأمور الموافقة كل الموافقة لمقاصد القانون المدني وللعقل الفطري معا . ولقد حصل التساؤل عن ابن المجنون أو بنته هل لأيهما أن يتزوج ؟ ولاختلاف الآراء فيما يتعلق بالابن فقد رئيت الموافقة على الإذن بالتصريح له على مثال ابنه المجنون بالتزويج بغير وساطة أبيه مع مراعاة الأحكام الأخرى المنصوص عليها . انظر الباب العاشر ، من الكتاب الأول ، (في النكاح الصحيح) من مدونة جوستنيان ، في الفقه الروماني ، ص 20 - 21 .

(2) جاء في مواهب الجليل 403/3 : قال ابن عرفة النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر .

أولًا – يجب أن يكون الزواج علنا مشهورا ، ويُكْتَفَى في ذلك بشهادة شاهدي العقد . وأما تسجيله في سجل المأذون (مسجل العقود) فهي ضرورة اقتضتها نظم الحياة ، فلا يَبْطُل العقد بالزواج إذا لم يُسَجَّل في سجل ، وإن كانت الدعوى لا تُسْمَع شرعًا بدون سند رسمي في الزوجية أو الميراث ؛ لأن هذا من قبيل تخصيص القضاء .

ثانيًا – ينشأ عن الزواج واجبات متقابلة على الزوجين مقررة شرعًا من طاعة ونفقة وحفظ وأمانة .

ثالثًا – يرتب الزواج بين الرجل والمرأة حق المعاشرة لتدوم عادة مدة الحياة ، ولهما حلها بالاتفاق أو لأحدهما متى كان له ذلك شرعًا ، وأما الزواج المؤقت بوقت محدد كزواج محلل المطلقة ثلاثًا ليحلها لزوجها فهو باطل ؛ إذ يجب أن يكون مفهومًا بين الطرفين أن الزواج شُرِع لدوام العشرة وتأسيس العائلة .

رابعًا – ينعقد الزواج بصيغة ورضا (زوجتك نفسي ، ويقول الآخر : قبلت) أمام شاهدين بدون ذكر صداق أصلا فتترتب عليه آثاره الشرعية [1] .

بند [79] القانون الفرنسي

أغراض الزواج : للزواج مقاصد :

أولا – بهذه الجمعية من رجل وامرأة (الزواج) تتأسس العائلة ، ويوجد أولاد يربون مشتركا .

ثانيًا – يراد بهذا الزواج تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن وضع أفكارهما الخاصة وفرحهما وحزنهما سوية .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 220/2 : أن أركان النكاح أربعة : الأول ولي ، والثاني صداق ، والثالث محل (زوج وزوجة) معلومان خاليان من الموانع الشرعية كالإحرام ، والرابع صيغة . وجاء في مواهب الجليل للحطاب 419/3 ، 420 (وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة) وقال الشارح جعل ابن محرز الولي والشهود والصداق شروطًا وهو أقرب مما هنا ... (قلت) أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها ولا يكون نكاح شرعي إلا بها ، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان ، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما .

وكان الزواج قبل سنة 1791 م دينيًا فقط ، ومعتبرًا أمام الكنيسة ومن أعمالها الخاصة ، ثم رُتِّبَت أحوال الشخص المدنية ونُصَّ فيها على اعتبار عقد الزواج عقدًا مدنيًا ، وللزوجين الحق في عقده دينيًا حسب طقوس دينهما بعد عقده مدنيًا [1] .

بند [80] التشريع الإسلامي

للزواج أغراض ومقاصد .

أولًا - بقاء النوع البشري من نكاح صحيح ، إذ باجتماع الزوجين تتأسس العائلة ، ويوجد التناسل فيقومان بتربيته ، كلٌّ فيما يخصه .

ثانيًا - بهذا الزواج يكون الزوجان محصَنَيْنْ فيعف كل منهما الآخر عن العبث بما متع الله به أزواجًا مثلهما ؛ فتصان نتائج العقود الشرعية من أولاد شرعيين ويُقْضَى على الفوضى في السفاح كالبهائم .

وأما فكرة تكوين جمعية من شخصين وأملاك حتى يمكن اتحادهما في الحزن والفرح فهو مخالف للطبيعة البشرية التي تقضي بإعطاء الحرية الشخصية متقيدة بما يقتضيه العقد المبرم بين الزوجين ، وهو أن عقد الزواج يجعل للزوج والزوجة حق التمتع والمعاشرة في نظر القانون وفي نظر جمهرة الناس ، فلكل منهما التصرف في أملاكه بلا إذن من الآخر .

بند [81] القانون الفرنسي

الخطوبة التي تسبق الزواج لا قيمة لها ، ولا تربط أحدا من الطرفين ، فلهما سحب وعدهما والبحث عن عروس آخر بمطلق الحرية مادام عقد الزواج لم يتم ، ومع ذلك فإذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقي يدعو لذلك فللطرف الآخر طلب تعويض مالي وأدبي عما سببه له هذا التصرف [2] .

---

(1) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(2) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

بند [82] التشريع الإسلامي

لا يتقيد أحد الطرفين بخطوبته ولا بقراءة الفاتحة ، فلكل من الخاطبين حق التصرف بكامل الحرية حتى يتم العقد ، فله العدول عن الزواج وله الإقدام (وحتى بعد الزواج) على حل العصمة متى كان يملك ذلك .

أما إذا كان فسخ الخطوبة لغير سبب حقيقي يدعو لذلك فلا تعويض للطرف الآخر ؛ لأن الشريعة الإسلامية تُحَرِّم الاختلاط الذي يفعله أهالي أوربا بل والنصارى واليهود فإنهم في عرفهم يرون المعاشرة قبل الزواج حتى يتعرف كل منهما أخلاق الآخر ، وربما امتدت الخلطة سنة فأكثر أمام الجميع وعلى مرأى ومسمع من الكافة فيكون قطع العلاقة وفسخ الخطوبة بعد هذه الحال موجبًا للقيل والقال وملحقًا لانتقاصه أدبيًّا فكان من العدل التعويض لذلك .

والذي أباحه التشريع الإسلامي في الخطبة هو رؤية الوجه والكفين فقط بدون خلوة أحدهما بالآخر ولا معاشرته حتى يجب أن تكون الرؤية بحضور محْرَم من أهلها معها ، وبذلك إذا فسخت الخطوبة لا يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك . على أن للزوج حل العصمة بعد الزواج ، بل وللزوجة حل العصمة هي من نفسها إذا اشترطتها لها في العقد .

وإن المخازي والمفاسد التي تنتج عن المعاشرة والاختلاط لا تدخل تحت حصر ، فكم فتاة صدقت وعود شاب غرٍّ مفتون فأضاعت شرفها ثم تركها (1) ، وكم من فتاة سُلِبَت أموالها تحت ستار الخطوبة فكان المشرع الإسلامي حكيمًا في وضع ميزان عدم الاختلاط بين الذكر والأنثى إلا بوجه شرعي تام . وقد شاع وذاع مذهب الاختلاط حتى عمت البلوى ، وكثر الفساد ، وتشَبَّه الناس بالإفرنج ، وتركوا أمر دينهم فوقعت الطامة الكبرى ، ولا حول ولا قوة إلا بالله

---

(1) الخطبة في الفقه الإسلامي مجرد وعد بإنشاء الزواج في المستقبل ، وهي ليست عقدا ، فلا يترتب عليها أي حكم من أحكام الزواج كحل العشرة أو ثبوت النسب أو التوارث أو غير ذلك . لذا فإن لكلا الطرفين الحق في فسخ الخطبة والرجوع عن وعده ، دون أي جزاء يقع عليه ، ويستحق الخاطب استرداد ما عجل به من المهر ، كما أن له أن يسترد الهدايا التي دفعها للمخطوبة على خلاف بين الفقهاء في ذلك .

العلي العظيم [1] .

بند [83] تكوين الزواج

القانون الفرنسي : تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط :

شروط موضوعية ، وشروط شكلية . وتخلُّف شرط منهما يستوجب تارة المعارضة في الزواج وتارة إلغاءه إذا أُعْلِن ، وتكوين الزواج متصل اتصالًا وثيقًا بدليل الزواج (أي ما يكون دليلًا على إثبات الزواج) [2] .

بند [84] التشريع الإسلامي

تكوين الزواج يفرض وجود نوعين من الشروط :

شروط وجود وهي أركانه ، وشروط صحة ، وتخلُّف ركن يستوجب عدم وجود الزواج ، وتخلف شرط صحة يجعله قابلًا للإلغاء ، وتكوين الزواج الصحيح ينشأ عنه دليل صحيح ، فالعلاقة وثيقة بين تكوين الزواج وما يدل عليه ويثبته [3] .

بند [85] الشروط المطلوبة لإمكان عقد الزواج

القانون الفرنسي : يجب لعقد الزواج وجود الشروط الآتية مجتمعة .

1 - اختلاف الجنس (ذكرًا وأنثى) . 2 - رضاء مريدي الزواج .

3 - السن المطلوبة قانونًا . 4 - رضاء من لهم حق الإذن بالزواج .

---

(1) يعنى المؤلف ما كان بدأ في عصره من اختلاط مفهوم الخطبة التي هى مجرد وعد بإنشاء العقد في المستقبل وبين عقد الزواج نفسه ، ويرد هذه المآسى التي صادفتها فتيات كثيرات في عصره إلى الخلط بين مفهومي الخطبة والعقد ، على حين أن الفقه يميز بينهما في أن الخطبة ليست ملزمة ولا تترتب عليها نتائج عقد الزواج ، وهي بهذا تختلف اختلافا كبيرا عن عقد الزواج على النحو الذي أوضحه الفقهاء المسلمون .

(2) انظر : البنود من 144 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 ، 40 ، 41 ، 42 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 220/2 (قوله وركنه) راجع للنكاح بمعنى العقد ومرادهم بالركن ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة (قوله إن الصداق كذلك) إذا لا يشترط ذكره عند عقد النكاح لجواز التفويض (قوله جعلها) أي الصداق والشهود إلا أن يقال جعل الشهود شرطًا والصداق ركنًا مجرد اصطلاح لهم .

5 – عدم وجود زواج سابق لم يحل .

6 – عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة .

7 – مراعاة بعض قواعد خاصة [1] .

بند [86] التشريع الإسلامي

لإمكان عقد الزواج الشرعي يجب وجود الشروط الآتية :

1 – اختلاف الجنس 2 – رضاء طرفي العقد .

3 – عدم وجود زواج سابق للزوجة لم يُحَلّ أو عدة من زواج لم تنقض .

4 – عدم وجود علاقة قرابة أو مصاهرة تحرم الزواج .

وسنتكلم عن كل شرط بما يقابله في الشريعة الإسلامية عند التعرض لشرحه [2] .

بند [87] القانون الفرنسي

أولًا : اختلاف الجنس : هذا شرط أساسي لانعقاد الزواج فإن انعدم لم ينعقد زواج ، وكذلك لو فقد أحد الزوجين ما به يكون رجلًا أو أنثى جاز للآخر طلب فسخ الزواج [3] .

---

(1) انظر : البنود من 44 إلى 164 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 138 ، 139 ، 140 ، 141 ، 142 .

(2) جاء في الشرح الكبير 220/2 : تأكيد عدم اعتبار الشهود من الأركان ؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه ... وانعقد بقول الزوج للولي (زوجني) أو أنكحني ابنتك فيقول الولي زوجتك إياها وحرم على الشخص أصوله وهو كل من له عليه ولادة وإن علا وفصوله وإن سفلوا ... كما أي زوجة الأصول الذكور على الفروع الذكور وزوجة الفروع الذكور على الأصول وكذا يحرم زوج الأصول ، الإناث على الفروع الإناث وزوج الفروع الإناث على الأصول الإناث ، وحرم على الشخص فصول أول أصوله وهم الأخوة والأخوات وذريتهم وإن سفلوا وحرم عليه أول فصلٍ من كل أصل بخلاف ذريته كبنت العمة وبنت الخالة فحلال ، وحرم بالعقد وإن لم يتلذذ أصول زوجته وهن أمهاتها وإن علون ... وحرم بتلذذه بزوجته كل من لها عليهن ولادة مباشرة أو بواسطة ذكرًا أو أنثى . الشرح الكبير 250/2 ، 251 ، وحرم صريح خطبةِ امرأة معتدة من غيره بموت أو طلاق . الشرح الكبير 217/2 .

(3) انظر : البند 180 ، الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 45 .

بند [88] التشريع الإسلامي

لا ينعقد الزواج إلا بين ذكر وأنثى ، فلو عقد ذكر أو أنثى على جنسه لا ينعقد الزواج ولا توجد حقيقته ، (ذكر مع ذكر أو أنثى مع أنثى) ، وبما أن الزواج شُرِع للإعفاف والإحصان أي ليعف كل من الزوجين الآخر ، والإعفاف لا يكون إلا بسلامة عضوه وإمكان استعماله فيما خلق له فلو تبين أن أحد الزوجين وجد خنثى له ذكر وفرج لم يصح الزواج ؛ لأن الشرط أن تكون الذكورة محققة ، فلو طرأ بعد الزواج ما أفقد الرجل معنى الذكورة ، أو أفقد المرأة معنى الأنوثة ، أو صار معنى الزواج غير محقق جاز للزوج الآخر المتضرر طلب فسخ النكاح ويجاب لذلك [1] .

بل التشريع الإسلامي ذهب بعيدًا جدًّا في إحاطة الزواج بالهناء ، والسعادة ، ودوام المسرة ، وحسن العشرة ، وعدم الإكراه على المقام مع وجود منفر مادي أو معنوي ، فأباح للزوج طلب الفسخ إذا تبين أن الزوجة بعد الزواج مجنونة ، أو بها جذام أو برص ، أو يخرج منها غائط وقت الجماع ، أو كانت رتقاء (بها ما يمنع الوطء) ، أو كان بها إفضاء (خرق مجرى البول على مسلك الغائط) ، أو كانت بخراء في فمها ، أو بفرجها رائحة كريهة [2] .

كما أباح للزوجة طلب الفسخ إذا وجد أو حدث لزوجها جَبٌّ وهو قطع الذكر والأنثيين ، أو إخصاء وهو قطع الأنثيين ، أو عُنَّة لصغر الذكر إلى حد لا يمكنه به الوقاع ، أو حصل له اعتراض أي ارتخاء يمنعه من الوقاع [3] .

---

(1) العيوب التي يرد بها في الزواج بشرط وغير شرط على المشهور في المذهب المالكي : الجذام ، والبرص ، وداء الفرج والجنون ... والخصاء وهو المقطوع الخصيتين دون الذكر أو العكس . والأقرب أنها لا خيار لها إن كان خنثى محكومًا له بالرجولية انتهى . ونقله في التوضيح عن الشيخ عبد الحميد واحترز بقوله محكومًا له بالرجولة ممن حكم له بالأنوثة فلا نكاح له ومن الخنثى المشكل فإنه لا يصح نكاحه . مواهب الجليل 483/3 ، 484 ، 485 .

(2) يثبت الخيار المذكور لأحد الزوجين ببرص وهو مرض يلحق الإنسان وهو البياض ، وظاهر كلامه أنه يرد به سواء كان قليلًا أو كثيرًا كان في الرجل أو المرأة ... وعذيطة وهو : حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع ... وكذا الإفضاء الذي فسره ابن الحاجب وابن عرفة في الديات باختلاط مسلكي البول والوطء ، وفسره البساطي هنا باختلاط مسلكي البول والدبر ..... وبالجنون سواء قبل الدخول وبعده مواهب الجليل 484/3 ، 485 ، 486 ، وانظر أيضا الخرشي 237/3 .

(3) توسع المالكية في العيوب المثبتة لحق الزوجة في الرجوع إلى القاضي لفسخ الزواج ، فشملت عندهم =

هذه تشريعات لم يصل إليها بعد التشريع الحديث ففيها معنى المحافظة على الحرية ، والصحة ، ومجابهة الحقائق الطبيعة ، والغريزة البشرية التي تتطلب نظامًا وتبصرا بدون غمط للشرف ولا إغضاء عن حق الزوج أو حق الزوجة .

بند [89] القانون الفرنسي

ثانيًا – رضاء مريدي الزواج : لا يوجد الزواج ما لم يوجد الاختيار والقبول ، ويجب التفرقة بين عدم الرضا مطلقًا وبين الرضا المشوب بنقص أو عيب ، ففي حالتي جنون أحد الزوجين أو سكره الفاقد معه التمييز تنعدم الإرادة فلا ينعقد الزواج ، وفي حالة الغش أو الإكراه تكون الإرادة ناقصة ويصح طلب الإلغاء [1] .

بند [90] القانون الروماني

إرادة الزوجين : يجب رضاء رب العائلة وقبوله زواج من تحت إمرته وسلطته في أي سن كان ، ولا تستشار الأم مطلقًا ، وفي زواج أولاد الابن لابد من رضاء جدهم إذا كان رئيس العائلة دون أبيهم ؛ لأن أباهم لا شخصية له مع وجود أبيه ، ثم أُبيح للولد أن يتزوج بإذن القاضي إذا تعسف رئيس العائلة ولم يسمح بالزوج ظلمًا [2] .

بند [91] التشريع الإسلامي

رضاء مريدي الزواج يعني طرفي العقد ومن تم التعاقد بينهما ، فلا يوجد زواج شرعًا إذا انعدم الاختيار والقبول كمجنون أو صبي غير مميز توليا أو أحدهما عقد الزواج فلا ينعقد ولا يوجد [3] .

= العيوب الجنسية التي ذكروا منها الخصاء ، وهو قطع الذكر أو الأنثيين ... ومنها الجب وهو قطع الذكره ... ومنها العنة بضم العين ، والعنين لغة هو الذي لا يشتهي النساء ، ويقال : امرأة عنينة أي لا تشتهي الرجال ، ومنها الاعتراض وهو الذي له آلة كآلة الرجال لا ينتشر . الخرشي 236/3 ، 237 .

(1) انظر : البند 146 ، الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جو ستنيان في الفقه الروماني ص 20، 24 .

(3) جاء في الشرح الكبير 241/2 : لولي زوجٍ صغيرٍ عقد لنفسه بغير إذن وليه فسخ عقده وإجازته ، أي أن الشارع =

وأما الخاطب والمخطوبة للزواج ففي رضاهما تفصيل ، وفي جواز توليهما عقد الزواج بأنفسهما تفصيل أيضًا وخلاف بين الأئمة كالآتي :

أولًا – الصغير والصغيرة عن درجة البلوغ ، والعبد ، والأمة ، والمجنونة يجبرهم أب وجد وسيد على الزواج بلا إذنهم إطلاقًا لافتراض الشفقة ونظر المصلحة إلا إذا ثبت نظرهم لغير المصلحة ، أو كان عدوا ، أو مشهورًا بالفسق والمجون ، وثبت ذلك فلا جبر .

ثانيًا – البكر البالغ الرشيد يجب عند أبي حنيفة وأحمد ، ويسن استئذانها عند مالك والشافعي ، ويجب أن ينوب عنها وليها في عقد زواجها أو وكيل عند عدم الولي عند مالك والشافعي وأحمد ، فلا يملك الأب أو الجد تزويج البكر البالغة بغير رضاها عند من يوجب الاستئذان ، واشترط الأئمة الثلاثة وجود الولي في عقد الزواج أو الوكيل بالنسبة للزوجة ؛ لأنه لا يليق بمحاسن العادات وما يجب أن يكون من الحياء عند المرأة أن تجلس وسط جمع من الرجال فتقبل الزواج وتزوج نفسها ، وإذنها سكوتها أو ما يدل عليه .

وقد أباح أبو حنيفة أن تزويج البكر البالغة العاقلة الرشيدة نفسها وكذا الثيب البالغ العاقلة الرشيدة فنكاحهما صحيح ، وعقدهما ماض عنده .

ثالثًا – الثيب البالغ العاقلة الرشيدة يجب استئذانها ورضاها عند الجميع ، ويجب أن يكون لها ولي أو وكيل عند عدم الولي يتولى عقد زواجها عند مالك وأحمد والشافعي ، وإلا لا يصح زواجها ، وقد أجاز أبو حنيفة أن تتولى عقد زواجها بنفسها .

= جعل له ذلك لينظر له في الأصلح فإن استوت المصلحة خُيِّر . وجاء في حاشية الدسوقي 241/2 الإيجاب من ولي المرأة والقبول من الزوج أو من وليه 216/2 : 427/3 أنه : جاء في مواهب الجليل 427/30 أنه ، لا يزوج غير الأب من الأولياء إلا بإذن المرأة ، ومن لا إذن لها كالمجنونة والسفيه لا يزوجها إلا من له ولاية الإجبار والحاكم . والبلوغ المعتبر في الإذن بلوغ المحيض . قال ابن حبيب : أو بلوغ ثمان عشرة سنة . وجاء في المدونة 157/2 : (قلت) أرأيت الصبي إذا تزوج بغير إذن الأب فأجاز الأب نكاحه أيجوز ذلك في قول مالك أم لا ؟ (قال) لم أسمع ذلك من مالك ، وأرى ذلك جائزًا ، وهو عندي كبيعه وشرائه إذا أجاز ذلك له من يليه على وجه النظر له والرغبة فيما يرى له في ذلك ... فكذلك الصبي هو لا يعقد نكاح أحد ، وهو إذا عقد نكاح نفسه فأجازه الولي على وجه النظر له والإصابة والرغبة جاز .

بند [92] القانون الفرنسي

ثالثًا – السن المطلوبة قانونًا ، الرجل قبل 18 سنة كاملة والمرأة قبل 15 سنة كاملة لا يمكنهما عقد الزواج ؛ لأن الزواج المبكر ينتج عنه أطفال ضعفاء البنية وصحتهم ليست منيعة ، ولأن الزوجين الصغيرين لا يفهمان واجبات الزوجية المترتبة على الزواج ، ويمكن عقد هذا الزواج قبل هذا السن بإجازة خاصة من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها هو وفي الغالب من الحمل المبكر من الأنثى قبل الزواج [1] .

بند [93] القانون الروماني

كان من شروط الزواج بلوغ الزوجين ، تبلغ الأنثى 12 سنة ، ويبلغ الذكر 14 سنة [2] .

بند [94] التشريع الإسلامي

يجوز عقد زواج الصغير والصغيرة من أب ووصيه ، ويصح الزواج إجماعًا ، وتترتب عليه آثاره ، لكن منع ولي الأمر إجراءه أمام مسجل العقود بمنع المأذون من إثباته في سجلاته ، ورتب على ذلك أن القاضي لا يسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل من 16 ست عشرة سنة للأنثى و 18 عامًا للذكر ، فتقييد مسجل العقود بهذا القانون ومَنْع القضاة من سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجين أقل مما حُدِّد قانونًا لا يبطل نفس العقد ؛ لأن العقد وقع من ولي الصغير والصغيرة مثلًا صحيحًا ، فلو نتج عن هذا الزواج ثمرة كمن زوجهما وليهما صغيرين ، ثم بلغا وولد لهما أولاد فلا يمكن للقاضي أن يمتنع عن نظر إثبات بنوتهم من والديهم إذا تنازعوا ؛ فيثبت النسب ؛ وتحرم أم الزوجة وبنتها وأختها إلخ المحرمات على الزوجين ، ويُقْضَى شرعًا على من تزوج صغيرًا ممثلًا في وليه ، ثم تزوج كبيرًا بأخت زوجته الأولى بأن زواجه هذا باطل ويفرق بينهما [3] .

---

(1) انظر : بند 144 وبند 145 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : بند 148 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 293/3 : قال ابن المواز : وإذا لم يرد الولي نكاح الصبي والحال أن المصلحة في رده حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح وينبغي أن ينتقل النظر إليه فيمضي أو يرد اهـ .

حقيقةً ، إن الزواج المبكر مضر بالأنثى طبيا كما يقولون يعني قبل البلوغ في التكاليف بالعبادة وهو 15 سنة أو 18 سنة أو رؤية الحيض في الأنثى أو الإنزال في الذكر ، ولكن بعد هذا البلوغ لا معنى لهذا المنع الذي قلد فيه واضع قانون التشريع الفرنسي ولم يراع فيه عوائد البلاد ولا تقاليدها في التشريع ولا طبيعة البلاد الحارة التي تثير الغرائز الخلقية في سن مبكرة كمصر ، فكان الواجب يقضي بتحديد السن بـ 15 سنة في النوعين ؛ لأن عوائد البلاد إسلامية لا تحتمل أن يُتْرَك الولد ليمُضي سن الشباب قبل الزواج ، فمن 15 سنة إلى 18 سنة ثلاث سنين يمضيها في طيش الشباب فيبحث عن مصرف طبيعي لا قبل له باحتمال ما تدعو إليه ، وفي ذلك إخلال بنظم الهيئة الاجتماعية سرًا وعلنًا ، وخصوصًا في أرياف مصر إذ تدعو ضرورة الفَلاَّح إلى تزويج ولده في سن مبكرة لتساعده الزوجة في تحصيل الرزق أو تعقب له أولادًا يحملون عنه عبء الحياة متى تقدم به السن ، ففي حالة تحديد السن هذه حرج وأي حرج بل وفيه تحريض لا يحتمل .

وأما اشتراط هذا السن في أوربا فيبرره جوها البارد ، وعدم المبالاة هناك بالاختلاط ، وما ينشأ عن ذلك من مفاسد وإباحية خصوصًا بين العمال ، فلا اعتراض ولا نكير على اتخاذ خليلة أو صديقة ، فقد جرى عرفهم على ذلك حتى أخذ المشرعون يضعون أحكامًا لأولاد الزنا في الميراث كما سيأتي بيانه أو ما يسمونه بالزواج الحر ، وهو أن يتفق ذكر وأنثى على المعيشة معًا أمام أعين الناس بلا عقد بقصد المعاشرة الزوجية . وقد يعقبان أطفالاً ويتتاركان كما يحلو لهما ، وهذا خطر كبير على النظم الاجتماعية ، فما كان يصح تشريعه في مصر أو في الهند مثلًا لا يصح تشريعه في أورباوالعكس ، فكل بلد له عوائده وتقاليده وهي مبنى التشريع في جميع بلاد العالم لم يختلف في ذلك اثنان ، لكن بلدًا كمصر غُلِبَت على أمرها في فرض التشريع الفرنسي عليها يجب أن يتحمل تشريع غيره قهرًا وقسرًا ، غير أن هذا لا يدوم طويلًا ، وسيأتي الوقت للمحكومين فيطلبون الحكم بشريعتهم لا يبغون بها بديلا وليس ذلك ببعيد [1] .

---

(1) هذه وجهة نظر المؤلف التي تختلف إلى حد كبير مع اتجاه التشريع في أكثر البلاد الإسلامية التي اتجهت إلى تقييد زواج الصغار بأساليب تتراوح بين فرض العقاب على المخالفة (القانون الباكستاني ، مرسوم 1961) . =

بند [95] القانون الفرنسي

رابعًا – رضاء الأقارب ، الرجل والمرأة لا يمكنهما عقد زواجهما بدون رضاء أقاربهما حتى [1] يبلغا سن 21 سنة (إحدى وعشرين سنة) ، ويمكن اعتبار السن وما يجب فيه كالآتي :

أولًا – إلى 21 سنة إحدى وعشرين سنة كاملة يجب الحصول على رضاء الأقارب ولا مندوحة [2] عنه .

ثانيًا – من 21 سنة إلى ثلاثين سنة كاملة رضاء الأب والأم شرط لازم ، ولكن قد يستغنى عنه بإعلانهما بمشروع الزواج .

ثالثًا – من ثلاثين سنة فما فوق يستغنى عن رضاء الأقارب نهائيًا [3] .

بند [96] التشريع الإسلامي

رضاء الأقارب : الأب يجبر البكر الكبيرة غير المرشدة ولو عانسًا (أي مسنة وهي بالغ) ، والثيب الكبيرة البالغة إذا ثيبت قبل البلوغ وتأيمت قبله ، ثم بلغت قبل النكاح فيجبرها بعد البلوغ وكذا يجبر الثيب البالغة إذا ثيبت بعارض أو بغصب ولو ولدت منه ، ففي هذه الصور لا يصح زواجها بغير إذن وليها المجبر [4] ، والبالغ السفيه والصغير المميز الذي دون سن البلوغ إذا تزوجا بغير إذن وليهما فنكاحهما صحيح موقوف على إجازة الولي تبعًا للمصلحة [5] .

= وبين المنع من سماع دعوى الزوجية ، كما هو الحال فيما أخذت به مصر . ويتراوح التقييد في السن بين خمس عشرة سنة وثمان عشرة . وقد اتجه التشريع في البلاد الإسلامية هذا الاتجاه لتحقيق مصالح الصغار الصحية والنفسية ، وخاصة في هذا العصر الذي تعقدت فيه شئون الحياة ، وأصبح تحمل أعباء الزواج وواجباته أمرا يحتاج إلى وعي ورشد . والأمر ليس كما تصور المؤلف الذي بنى موقفه بالنظر إلى الإشباع الجنسي .

(1) في الأصل حق والصحيح ما أثبتناه . (2) مندوحة : مفر ، يعني لا مفر .

(3) انظر بند 148 ، من الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنسي ، الجزء الأول ص 38 ، 39 .

(4) جاء في الشرح الكبير 222/2 وما بعدها أن للولي جبر البكر ولو عانسًا بلغت ستين سنة أو أكثر إلا لذي عاهة ... وجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صُغرت أو كبرت بأن بلغت وثيبت بعارض كوثبة أو ضربة (أو بحرام) زنا أو غصب ولو ولدت منه ، ويقدم الأب في الولاية على الابن .

(5) جاء في حاشية الدسوقي 241/2 أن للولي فسخ نكاح الصغير بطلاق ، لأنه نكاح صحيح ، غاية الأمر أنه =

والبلوغ مقدر بالسن 18 ثمانية عشر عامًا إذا لم يحصل بلوغ بعلامات أخرى (مذهب مالك) [1] ، ومتى فُقِد المجبرون فليس لغيرهم من الأولياء تزويج الصغير والصغيرة أصلا إلا اليتيمة ، وحينئذ تؤخر الصغيرة للبلوغ بالعلامات (حيض - إنزال - حمل إلخ) أو بثمان عشرة سنة ثم لا تزوج البالغ إلا بإذنها [2] .

أما الذكر فمتى بلغ رشيدًا بالعلامات أو بالسن فلا سلطان لأحد عليه ، ويصح زواجه بدون احتياج لرضاء أحد من أقاربه [3] .

بند [97] القانون الفرنسي

والذي يجب الحصول على رضاهم هم :

أولًا - مريد الزواج ولد شرعي وأمه وأبوه موجودان . يلزم الحصول على إرادتهما ، فإن اختلفا فيكفي إرادة الأب ؛ لأنه رئيس العائلة وله الحقوق الأبوية ، وعدم رضاء الأب أو الأم يوجد سواء في إعلان الزواج أو بجواب يرسل إلى مسجل العقود المدنية الذي يباشر عقد الزواج ويكون إمضاء الجواب مسجلًا ، أو بمحضر يحرره مسجل العقود . ويجب تسجيل هذا التبليغ مجانًا . ويؤخذ برأي الأم في حالتين : حينما تكون مطلقة أو منفصلة عن زوجها ، وأن يكون الطلاق لصالحها ، وأن يكون محكومًا لها بحفظ الأولاد ورعايتهم . فإن وجد شرط واحد

= غير لازم . قال ابن المواز : وإذا لم يرد الولي نكاح الصبي والحال أن المصلحة في رده حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح وينبغي أن ينتقل النظر إليه فيمضي أو يرد اهـ .

(1) جاء في الخرشي 291/5 : أنه لما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولة إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد ، فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها ، منها السن وهو مشترك بين الذكر والأنثى وهو مقدر في المذهب المالكي بثماني عشرة سنة ولابن وهب خمس عشرة سنة ، ومنها فرق أرنبة المارن ونتن الإبط وغلظ الصوت ، ومنها للأنثى الحيض أو الحمل ... ومنها الإنبات ، منها للعانة لا الإبط أو اللحية .

(2) جاء في الشرح الكبير 224/2 أنه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ، ولو بكرًا يتيمة تحت حجره حينئذ ؛ فالبالغ هي التي تزوج بإذنها ... إلا يتيمة خيف فسادها أي فساد حالها بفقر أو زنا أو عدم حاضن شرعي أو ضياع مال أو دين وبلغت من السنين عشرا أي أتمتها وأذنت لوليها بالقول .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 292/3 وما بعدها أن الصبي متى بلغ عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته ؛ إذ يؤمن عليه حينئذ من وقوع نفسه في مهواة أو فيما يؤدي لقتله أو عطبه ، وحينئذ فلا يمنع من الذهاب حيث شاء .

من هذين فللقابل من الأبوين طلب الممتنع أمام المحكمة المدنية التي تحكم في الموضوع ويسجل الحكم مجانًا .

ثانيًا – مريد الزواج ولد شرعي وله أب أو أم على قيد الحياة ، إذا مات أحد الأبوين فقبول الحي منهما يكفي ، وكذلك الحال عند استحالة الحصول على إرادة الآخر لجنونه أو الحجر عليه أو إعلان غيبته ، وإذا فُقِد الأبوان أو كانا في حالة جنون أو غيبة أو محجورًا عليهما فلا بدمن الحصول على رضاء الأجداد والجدات إلى سن 21 سنة كاملة ، وبعدها يُعْقَد الزواج بدون إذنهما . وإذا انعدم جميع أقاربه ، ولم يزد عن 21 سنة وجب الحصول على رضاء مجلس العائلة ، وبعد 21 سنة يتزوج بلا احتياج إلى أحد .

ثالثًا – مريد الزواج ولد طبيعي ، إذا اعتراف أحد به ووُجِد أبوه وأمه ادعاء فيجب الحصول على رضاهما مثل الولد الشرعي في جميع أحواله ، إذا اعترف أحد به وليس له أب ولا أم ، أو لم يعترف ببنوته أحد فيؤخذ رأي محكمة أول درجة المدنية إلى 21 سنة [1] .

غياب الأب والأم : في حالة غياب الأب والأم طالب الزواج يمكنه عقد الزواج فيما يأتي :

1 – عند تقديم حكم بالأمر بالبحث عن الغائب .

2 – عند تقديم شهادة من قاضي الصلح لمكان إقامتهما بناء على شهادة أربعة شهود بعدم وجود أب وأم .

موت الأب والأم : عند موتهما يكفي حضور الجد والجدة وشهادتهما بموت الأب والأم ، وإذا لم يوجد أجداد ولا جدات فَيُقْسم طالب الزواج الرشيد أن أباه وأمه توفيا ، فإذا كان طالب الزواج دون إحدى وعشرين سنة ، ولا يعلم محل موت أبويه أو محل إقامة من يعطي الإذن بالزواج بعدهما يقسم بذلك أمام قاضي الصلح ، ومجلس العائلة الذي له الحق في التصريح بالزواج أو عدمه .

---

(1) انظر : بند 148 إلى 150 ، وبند 159 ، وبند 160 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، الباب الأول من الكتاب الخامس ص 38 ، 39 ، ص 41 .

بند [98] التشريع الإسلامي

والذي يجب الحصول على رضاهم هم : سيد الرقيق ، والولي المجبر وهو الأب الرشيد ، وولي السفيه ، ووصي الأب إن أمره بالجبر أو عين له الزوج وكان بمهر المثل ولم يكن فاسقا [1] .

وليس لأحد من الأولياء بعد فقد المجبر تزويج اليتيمة إلا الحاكم بشروط . أما البالغ فيجب استئذانها بالقول إن كانت ثيبًا وبسكوتها إن كانت بكرًا [2] (مذهب مالك) [3] .

والذي يملك الإذن بالزواج هو الولي المجبر أو الحاكم في اليتيمة بشروطها ، ولا يكون الولي المجبر إلا ذكرا في مذهب الأئمة الثلاثة ، ويجوز أن يكون الولي أنثى في مذهب أبي حنيفة ، والجد كبقية العصبة يكون وليا في الزواج ، ولكنه غير مجبر في بعض المذاهب ، والجد كالأب مجبر في بعضها أيضًا ، فإذا انعدم العصبة للأنثى تولى الحاكم أمرها ، فإذا لم يوجد حاكم تولى المسلمون أمرها [4] .

وأما الذكر فلا يحتاج لإذن بعد بلوغه رشيدًا فله التزوج بلا إذن . فالزوجان المجبران لا احتياج إلى استئذانهما مع وجود وليهما المجبر ، وغير المجبرين المفتات عليهما معًا يفسخ نكاحهما في ذاته (أصالة) وإن افتيت على أحدهما صح

---

(1) جاء في الشرح الكبير 223/2 : أن للولي الرد والإجازة في العبد إن تزوج بغير إذنه ، وأما في الأمة فيتحتم الرد ولو عقد لها أحد الشريكين ... وتكون ولاية الجبر للأب الرشيد كذلك ولكن لا جبر للوصي إلا إذا بذل الزوج مهر المثل ولم يكن فاسقًا فليس هو كالأب من كل وجه .

(2) قاعدة : البالغ يجب استئذانها بالقول إن كانت ثيبًا وبسكوتها إن كانت بكرًا .

(3) جاء في الشرح الكبير 224/2 أنه : بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرًا يتيمة تحت حجره ، وحينئذ فالبالغ هي التي تزوج بإذنها فإن كانت ثيبًا أعربت عن نفسها وإن كانت بكرًا كفى صمتها ... وشوور القاضي الذي يرى ذلك ولو لم يكن مالكيًا ليثبت عنده ما ذكر ، وأنها خلية من زوج وعدة ورضاها بالزوج وأنه كفؤها في الدين والحرية والنسب والحال والمال ، وأن الصداق مهر مثلها ، وأن الجهاز الذي جهزت به مناسب لها ، فيأذن للولي في تزويجها فإن لم يوجد حاكم أو كان أي من الجائرين المفسدين في الأرض كفى جماعة المسلمين .

(4) في المذهب المالكي النص على أن غير المجبر ابن فابنه فأب ، فأخ فابنه فجد فعم فابنه ... شرط والكافل للمرأة إن لم يوجد ولي ولا حاكم يكلفها يكون من جملة عامة المسلمين . انظر : الشرح الكبير 225/2 .

النكاح بإذن المفتات عليه [1] .

والولد الطبيعي هو الذي لم ينسب إلى فراش صحيح (ولد مجهول النسب) ، فإن اعترف به ذَكَرٌ أنه ولده ، وكان الظاهر لا يكذبه ولا العادة ولا العقل فيكون ولدًا شرعيًا (ويسمى الاستلحاق) ، وحكمه حكم الولد الشرعي من جميع الوجوه ، فإذا فقد الولد المُعْتَرف ببنوته والديه كان يتيمًا فيتولى أمره أقرب العصبات إليه ، فإن لم يوجد له أقارب فوليه الحاكم ، وكذلك الأمر إن لم يعترف ببنوته أحد .

وقد وكل أمر القصر عن درجة البلوغ الشرعي إلى المجالس الحسابية وهي مكونة من القاضي الأهلي رئيسا ، والقاضي الشرعي ، وأحد الأعيان أعضاء ، وكاتب المجلس ، فيصرح المجلس بالزواج للقُصَّر المشمولين برعايته بعد طلب الوصي ذلك من المجلس وبعد التحريات عن الكفاءة والاستقامة إلخ . وهذا في القصر الذين تزيد أموالهم عن 55 جنيهًا مصريًا ، أما من لا تركة لهم أو لهم دون النصاب المذكور فلا يتزوجون إلا بعد بلوغ السن المشترط لتولي المأذون الشرعي عقد زواجهم ، وإن كان هذا لا يتنافى مع صحة العقد في ذاته بدون مسجل العقود كما سبق .

وعند تعدد الأولياء يقدم الأقرب فالأقرب حسب ترتيب الميراث الشرعي [2] .

بند [99] الإذن بالزواج من الأقارب

القانون الفرنسي : إن حضر الأقارب بمجلس عقد الزواج فإذنهما يكون جوابًا لسؤال الموظف المختص بتحرير عقد الزواج ، وإن غابا لعذر قانوني فيكون الإذن كتابة أمام مسجل العقود أو مسجل إشهادات الزواج بفرنسا وفي خارجها أمام

(1) جاء في الشرح الكبير 228/2 أنه إذا تعدى عليها وليها فعقد عليها بغير إذنها ثم وصل لها الخبر فرضيت بذلك فلابد من رضاها بالقول ، ولا يكفي الصمت ، وصح العقد حينئذ بشروط منها أن لا ترد قبل ، فإن ردت فلا عبرة برضاها بعده .

(2) جاء في الشرح الكبير 467/4 : أنه يقدم مع التساوي في المنزلة كالأخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم وأعمام الأب وبنيهم الشقيق على غيره مطلقًا أي في جميع المراتب ... وهكذا وهو معنى قول الجعبري : وبالجهة التقديم ثم بقربه .. وبعدهما التقديم بالقوة فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة وجهة الأبوة تقدم على جهة الجدودة ... الأقرب فالأقرب . فإن لم يكن أقرب فالتقديم بالقوة بأن يقدم الشقيق من هذه الجهات على غير الشقيق ، ثم يلي عصبة النسب . أما إن تنازع الأولياء المتساوون درجة كإخوة أو بنيهم أو أعمام في تولي العقد مع اتفاقهم على الزوج بأن قال كل منهم : أنا الذي أتولاه نظر الحاكم فيمن يتولاه منهم .

السفير أو القنصل ، وينص في الإذن باسم الشخص الثاني الذي سيتزوج به قريب معطي الإذن ، وإذْنُ مجلس العائلة يكون بعد المشاورة من قلم كتاب الصلح أو من موظف الأحوال الشخصية لمحل إقامتهم [1] .

ويجوز الرجوع في الإذن بالزواج إلى يوم عمل الإشهاد بالزواج ، ولا يصح الرجوع فيه بعد ذلك . وقد صدر قانون سنة 1907 وتضمن تسهيلات هامة ، وهي :

1 - حذف إشهاد الاحترام واستبداله بتبليغ بسيط بمشروع الزواج إلى الأب والأم يحرره مسجل العقود لا المحضر .

2 - هذا التبليغ يكون للأب والأم فقط دون باقي الأقارب .

3 - هذا التبليغ ينقطع عند سن الثلاثين سنة . مع العلم أنه لا يلزم التبليغ في الزواج الثاني أو في زواج سابق ، ولا يباشر عقد الزواج بعد هذا التبليغ إلا بعد مضي خمسة عشر يومًا كاملة .

بند [100] التشريع الإسلامي

الإذن بالزواج ممن يملكه يكون بتوليه نفس العقد أو بتوكيله غيره فيه أو أمام شاهدين إذا قام عذر منعه عن تولي العقد بنفسه أو بتحرير إذنه ورغبته وشهود عليه إلخ .

ومعلوم أن إذن الولي المجبر وغيره بزواج يدور مع المصلحة [2] فحيث توجد المصلحة يجب عليه الإذن ، ولكنه قد يتعنت الولي فيمنع الزواج مع المصلحة أو قد يرى المصلحة ، وترى صاحبة الشأن غير ذلك ، ففي هذا النص الآتي . هذا ويسمى الولي المانع من الزواج (عاضلا) .

فإذا طلب المرأة كفؤ ورضيت به وطلبت تزوجه أم لا ، وامتنع الولي الأقرب غير المجبر من تزويجها بالكفؤ الذي رضيته ، أو دعت لكفؤ ، ودعا وليها لكفؤ آخر ، فإن الحاكم يسأله عن وجه امتناعه فإن وجد صوابًا ردها إليه ، وإلا أمر بتزويجها

(1) انظر : البنود 151 إلى 155 ، وبند 158 ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ، الباب الأول من الكتاب الخامس ص 39 ، 40 ، 41 .

(2) قاعدة : إذن الولي المجبر وغيره بزواج يدور مع المصلحة .

من الكفؤ الذي طلبها فإن امتنع زوَّجها الحاكم ، ومحل ذلك ما لم تكن كتابية وتدعو لمسلم وإلا فلا تجاب له حيث امتنع أولياؤها ؛ لأن المسلم غير كفؤ لها عندهم فلا يجبرون على تزويجها به [1] .

وأما الأب المجبر فلا يعد عاضلا (مانعًا) لمجبورته برده لكفؤها ردًّا متكررا إلا إذا تحقق عضله (منعه) فيُؤْمَر بالتزويج وإلا زوَّج عليه الحاكم ، ومن مُنِعَت من الزواج لا بدمن إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم [2] .

وقد يزوج الولي مجبرًا أو غير مجبر من تحت ولايته بلا إذن منها ، وهذا يسمى (افتياتا) أي تعديا على حقوق الغير وبيان تفصيله كالآتي .

إذا كانت الزوجة مجبرة فلوليها المجبر من أب أو وصي أو سيد أن يعقد عليها بدون إذنها صغيرة كانت أو كبيرة وليس لها رده ، ثم الزوج إن افتيت عليه فلصحة العقد شروط مثل الشروط الآتية في المفتات عليها [3] .

وإن كان الزوج مجبرًا كصبي أو مجنون أو عبد أو سفيه خيف عليه الزنا فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه ، وليس له رد النكاح بعد ذلك .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وعلى الزوج معًا فلا بد من فسخ هذا النكاح مطلقًا سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا .

وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها وحدها بأن تعدى

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 231/2 وما بعدها : أن على الولي الإجابة لكفء رضيت به ، أي سواء طلبته للتزوج به أو لم تطلبه بأن خطبها ورضيت به ، لأنه لو لم يجبْ لذلك مع كونها مضطرة لعقده كان ذلك ضرارًا بها . وأما الأب المجبر فلا يجب عليه الإجابة لكفئها لأنهُ يجبرها إلا أن يتبين عضله ، وإلا وجبت عليه الإجابة لكفئها ، ومحل كلام المصنف ما لم تكن كتابية وتدعو لمسلم وإلا فلا تجاب له حيث امتنع أولياؤها ، لأن المسلم غير كفء لها عندهم فلا يجبرون على تزويجها به قاله شيخنا .. فإن امتنع الولي من تزويجها بالكفء الذي رضيت به في المسألتين أمره الحاكم .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 : أنه لا يعد الأب المجبر عاضلًا لمجبرته برده لكفئها ردًّا متكررًا ... وإنما يعد عاضلًا بأن يتحقق القاضي من عضله وإضراره ولو بمرة فإن تحقق أمره الحاكم ثم زوج .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 وما بعدها أنه إذا وكلته على أن يزوجها ممن أحبت ، فزوجها من غير تعيين له قبل العقد كانت كالمفتات عليها فيصح النكاح إن رضيت ، وذلك لشدة الافتيات عليها في هذه لإسنادها المحبة لها .

عليها وليها غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها ، ثم وصلها الخبر في أقل من يوم ورضيت ، صح بشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد ولو بَعُد طرفاها حال الافتيات والرضا ، فإن كانت في غيره لم يصح - ولو قرب - وانتهى إليها الخبر من وقته ، ولم يقر الولي بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وإن لا ترد قبل الرضا فلا عبرة إذًا برضاها بعده .

وقد يختلف الزوج مع الولي مجبرًا أو غير مجبر في ذات العروس ، فقال الزوج : « ليست هذه هي مخطوبتي » . وقال الولي : « هي » . فيفسخ ويلزم نصف الصداق ، فإن دخلا لزمه الصداق كاملًا ، ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ، ورجع به على من غَرَّه .

بند [101] القانون الفرنسي

خامسًا – عدم وجود زواج سابق لم يُحَل : لا يمكن عقد زواج ثان قبل حَلِّ الزواج الأول ، ويجب على مريد الزواج ثانيًا أن يقدم دليلًا على حَلِّ الأول ، إما بالوفاة أو بالطلاق . وإعلان الغيبة لا يكفي ، ويترتب على تخلف هذا الشرط في الزواج شيئان :

1 - عقاب مدني ، وهو إلغاء الزواج الثاني .

2 - عقاب جنائي ، وهو وجود جناية جمع زوجتين ، وعقابه الأشغال الشاقة المؤقتة (م 340 قانون جنائي) [1] .

بند [102] القانون الروماني

عدم زواج سابق غير منحل : حافظ الرومانيون على الزوجة الواحدة بمعنى أن الزوج والزوجة يجب على كل منهما أن لا يكون متزوجًا زواجًا غير منحل ، فإن كانت الزوجة مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة عشرة أشهر قبل الزواج منعًا لاختلاط الأنساب [2] .

---

(1) انظر : بند 147 من الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 38 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 - 24 .

بند [103] التشريع الإسلامي

قد يتوقف وجود العقد بالزواج على حل زواج سابق كتزوُّج خامسة ، أو أخت زوجته ، أو أي أنثى لا يصح جمعها مع التي في عصمته . فيجب طلاق الأولى على براءة أو طلاقًا باتًّا أو رجعيًا [1] ، وتخرج من العدة ، أو بالطلاق قبل الدخول ، ولكن متى كان زواج الثانية غير ممنوع لما ذكر جاز له أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة ، وهو مبدأ تعدد الزوجات ، وهو جائز شرعًا بشروطه :

أولًا – أن يعدل بين زوجاته في القسم في المبيت ، وفي النفقة ، والكسوة ، وإلا حُرِّمَ زواج غير واحدة .

ثانيًا – أن يكون قادرًا على نفقتهن وكسوتهن ومساكنتهن ، والإحَرُم زواج غير واحدة ؛ لأن اللّه جل شأنه يقول : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [2] فرتب عدم جواز تعدد الزوجات على مجرد خوف عدم العدل ؛ فمن باب أولى إذا تحقق عدم العدل فلا يجوز زواج غير واحدة .

وقد يرى الذين لا يمعنون النظر في الحقائق أن تعدد الزواج فوضى إباحية رغبة لتحصيل شهوة جامحة أو لذة متنوعة تدعو إليها النفس البشرية ، ولكن هذا وهم باطل وسراب بقيعة يحسبه الظمآن ماء حتى إذا جاءه لم يجده شيئًا .

وذلك أن اللّه – جل شأنه ، وعلت حكمته – قد كوَّن الإنسان من طبائع وغرائز مختلفة ، حتى إن الملائكة حينما رأوا تكوينه حكموا عليه بأنه سيفسد في الأرض ﴿ قَالُوٓاْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ۖ قَالَ إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [3] .

فما أودعه اللّه فيه من الغرائز البشرية التي تقضي بوجود النسل والذرية يقضي بترتيب نظم التناسل ، فجابه الحقيقة التي يفر منها المشرعون الوضعيون أو الذين يغمضون أعينهم عنها فوضع لها النظم الآتية .

أولًا – حبب الزواج ودعا إليه ، فقال الرسول ﷺ : « تناكحوا تناسلوا فإني مباهٍ

(1) في الأصل [باتًا] والصحيح ما أثبتناه . (2) سورة النساء الآية رقم 3 .
(3) سورة البقرة الآية رقم 30 .

بكم الأمم يوم القيامة »[1] ، وقال : « التمسوا النكاح ولو بخاتم من حديد »[2] ، هذا لمن آنس في نفسه أنه يقوم بواجب الزوجية وما يحتاج إليه في الحياة ، فتعتري الزواج الحرمة ، والوجوب ، والندب ، والكراهة ، والإباحة .

ثانيًا – دعا من لم يستطع القيام بفرائض الزواج إلى الكبح من جماح الشهوة البشرية ، فقال الرسول : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء »[3] .

ثالثًا – من استطاع الزواج ، وكان في سعة ويسر ، وتحقق من العدل بين نسائه فله أن يتزوج بغير واحدة .

وفي الواقع أن سر تعدد الزواج لم يصل بعد إلى عقولنا البشرية القاصرة ، وسبحان من يعلم السر والنجوى ، ولكن هذا لا يمنع من إظهار بعض المحسوسات من تجارب البشر مما دل على أن زواج غير واحدة فيه خير كثير ، وذلك مفهوم من أن حبس الرجل على زوجة واحدة يجعله يمرض لمرضها ، ويتعطل عن الإنتاج إذا حاضت أو ولدت بينما هو ملقح ويمكنه أن يكثر النسل مع امرأة أخرى سليمة من أمراض تلازم الحبالى أو طمث تعتزل زوجها حتى تطهر ، وبلا شك ينتج عن تعدد الزوجات نتائج اجتماعية خطيرة .

أولًا – بكثرة النسل تكثر أبناء الأمة فتزدهر الحياة ، وتصبح الأمة قوية بسواعد أبنائها تعتز بها عند امتشاق[4] الحسام في الحروب ، وفي التجارة ، والزراعة ، والصناعة ؛ فتخشى بأسها الدول ؛ وتعيش في رفاهية ليس فيها دخيل يخون في أمورها إذا تولاها ، ولا غريب يفرض إرادته عليها لكي يسلبها حقوقها من حرية ووجود ؛ لأن المفروض أنها أمة حرة مستقلة .

---

(1) أخرجه ابن ماجه لفظ (النكاح من سنتي . فمن لم يعمل بسنتي فليس مني . وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم . ومن كان ذا طَول فلينكح . ومن لم يجد فعليه بالصيام فإن الصوم له وجاء » ابن ماجه باب النكاح فضل النكاح 592/1 وأخرجه عبد الرازق في مصنفه : تناكحوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة .

(2) البخاري : النكاح باب 51 .

(3) البخاري كتاب الصوم باب 10 ، مسلم : النكاح باب 1 ، الترمذي النكاح باب (1) النسائي باب النكاح 3 .

(4) امتشاق المشق جذب الكتان في ممشقة حتى يخلص خالصه ، وامتشق في الشيء دخل وامتشق الشيء اختطفه وأخذه بقوة ، وهو المقصود هنا ، لسان العرب مادة (مشق) 4211/6 .

ثانيًا – تكثر الأيدي العاملة ، وتكثر الهجرة والاستعمار ، وتكثر الملكيات الصغيرة ، ويكثر التزاحم لطلب الرزق وفي الإنتاج إلخ .

ثالثًا – مفروض أن النساء أكثر من الرجال خصوصًا عقب الحروب ؛ فيجب عدلًا عدم تعطيل جزء كبير منهن نظير تمتع بعضهن بأزواج وربما يكن عاقرات ؛ فتعود إلى الأمة كثرتها في زمن قليل .

رابعًا – بزواج غير واحدة تقل الأولاد الطبعيون ؛ بل يصبحون كلهم أولادًا شرعيين ، ولا يخفى الضرر الذي يعود على الهيئة [1] الاجتماعية وعلى نظمها خصوصًا الزواج الشرعي والميراث من أولاد الشوارع ، ولقد أصبحت حالة الأولاد الطبيعيين في أوروبا وخيمة مخيفة ، وهي في ازدياد مستمر .

خامسًا – بالرغم من منع زواج غير واحدة في أوروبا فإن الأخدان والصديقات أو الزواج غير الشرعي قد أخذ طريقة واضحة جلية حتى اعترف المتشرعون بحقوق أولاد الزنا (راجع باب الميراث والهبة والوصية) . فلو أن القوانين الوضعية اعترفت بهذه الحقيقة الواقعة وأباحوا زواج غير واحدة ، ونظموا ذلك لاستقرت النظم الاجتماعية على أساس متين .

ولو أن الطلاق أبيح حسبما يصح للزوجين اشتراطه كالتشريع الإسلامي ، ولو أنهم أباحوا زواج غير واحدة ، ونظموا المعيشة الزوجية كما نظمها المشرع الأعلى (في التشريع الإسلامي) لما غيروا وبدلوا كل يوم ؛ ولما تشبعت أمامهم أحوال الإنسان الشخصية ، ولكن سيأتي الوقت فيعودون مقهورين إلى هذا التشريع الرباني فلا يتناقضون مع أنفسهم من منع تعدد الزوجات بينما هم يعترفون بحقوق أولاد الزنا ، وهو بالطبع من امرأة أخرى حتى بغير عقد يحل هذه المعاشرة ويرتب عليها نتائجها ، ولكنهم لا يعنون بحلال ولا بحرام ، إنما يعنيهم مخالفة القانون أو اتباعه في أعين الناس وخوفًا من عقابه وكفى .

---

(1) في الأصل : [هيأة] والصحيح ما أثبتناه .

بند [104] طريقة اتقاء زواج ثان حسب قانون سنة 1897 م [1]

1 - حتم القانون التأشير بهامش سجل الميلاد بمضمون عقد الزواج قرين اسم الزوجين .

2 - حتم على كل من الزوجين مريد الزواج إحضار شهادة الميلاد وتقديمها لكاتب إشهاد الزواج بتاريخ لم يمض عليه أزيد من ثلاثة أشهر .

بند [105] التشريع الإسلامي

هذا نظام يقتضيه تحريم تعدد الزوجات ، ولكن الحال الذي شاهدناه في أوروبا أنه لا يعقد زواج ثان فلا يحتاج لشهادة الميلاد ، ولكنها معاشرة حرة لا اعتراض لأحد عليها ؛ فيكون الرجل متزوجًا بالفعل فيبغض زوجته لعدم اتفاقهما مودة ومحبة ، وكذا الزوجة ؛ والقانون لا يبيح الطلاق لهذا فينفصلان وديا ، كل يعاشر من يشاء بلا نكير ، وبالطبع سيكون لهما أولاد ، فالأولاد للفراش ، واللّه يعلم بل والناس أنهم ليسوا أبناءهم ، أو يترك كل واحد بلده وينحدر إلى الشمال أو إلى الجنوب ، ثم يعاشر من يشاء ، وهكذا تسير الحياة في طريق طبيعة البشر رغمًا عن التشريع الوضعي الأعرج .

المؤلف : وبما أن الناس قد تفشى فيهم الكذب والخيانة ، وقد حصل أن تزوجت امرأة زوجين وثلاثة ، وضُبِطَت وحوكمت ، وكان السبب إمكان العقد على ذات زوج لادعائها أنها بكر ، وأتت بشهود قد يكونون حسني النية فيصدقون الزوج لمعرفتهم به ، والزوج قد صدقها في أنها بكر ، فمن المصلحة وضع تشريع يقضي باستحضار شهادة من المحكمة الشرعية التي كانت تقيم بدائرتها بعد التحري إداريًا عن محل إقامتها الحقيقي ؛ ويثبت في تلك الشهادة أنها عُقِد عليها لأحد أم لا من واقع فهارس الزواج الموجودة بالمحكمة ، وعسى أن يتم ذلك قريبًا .

---

(1) انظر : بند 63 ، وبند 70 من الباب الثالث من الكتاب الثاني ص 18 ، 19 ، 20 وبند 165 ، 166 من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 42 .

بند [106] القانون الفرنسي

سادسًا – عدم وجود رابطة قرابة أو نسب ، وحد تحريم القرابة كالآتي :

أولًا – قرابة على خط مستقيم ، وهو كل من له عليك ولادة أو من لك عليه ولادة .

ثانيًا – قرابة حواشي ، أخ وأخت ، عم وبنت أخيه ، عمة وابن أخيها يعني إلى الدرجة الثالثة في القرابة ، والمتشرعون حرموا زواج العم الكبير بالعمة الكبيرة ، يعني في الدرجة الرابعة [1] .

بند [107] القانون الروماني

من شروط الزواج وجود الأهلية ؛ فإذا انعدمت الأهلية التامة فلا يوجد النكاح ، وعدم الأهلية التامة هو ما يمنع زواج الشخص من أي شخص آخر كالعبيد والأجانب واللاتيني المستعْمِر ، وعدم الأهلية الخاصة ، هو ما يمنع الزواج بين شخصين معينين لسبب خاص كالقرابة ؛ فالقرابة العمودية إلى النهاية والحواشي إلى ثالث درجة كعم وبنت أخ وعمة وابن أخيها ، وكذلك في النسب في الخط العمودي إلى مالا نهاية [2] .

بند [108] التشريع الإسلامي

يحرم تزوج أصل الشخص وهو من له عليه ولادة وإن علا وفرعه وإنْ مِنْ زنى وهو من له عليه ولادة وزوج الأصل والفرع ، وفصول أول أصل وإن سفلوا ، وأول فصل من كل أصل مطلقًا ، وخامسة بزواج ، ومجموعة مع أخرى لو قَدَّرْت كلا منهما ذكرًا حرم من الجانبين ؛ فيحرم زواجك بجدتك وجدة جدتك إلى مالا نهاية ، وزواجك ببنتك وبنت بنتك وبنت ابنك إلى مالا نهاية ، وزواجك بزوج أبيك ، أو زوج ابنك لصلبك ، وزواجك بأختك وبنت أختك وبنت أخيك إلى

(1) انظر : البنود من 161 إلى 164 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 41 ، 42 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول [في النكاح الصحيح] من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 20 – 24 .

مالا نهاية ، وزواجك بعمتك من كل أصل ، وزواجك بخامسة قبل بَتّ إحدى الأربع أو موتها أو خروجها من عدة الرجعى ، وزواجك ببنت وعمتها ، أو بنت وبنت أخيها لأنك لو قدرت إحداهما ذكرًا لما صح له زواج الثانية ؛ فلا يصح جمعهما في عصمة واحدة (1) .

بند [109] القانون الفرنسي

وحد تحريم النسب كالآتي :

أولًا – النسب المستقيم ، وهو كل من له على زوجك ولادة أو له عليه ولادة .

ثانيًا – النسب الحواشي بين أخي الزوج والزوجة ، وبين أخت الزوجة والزوج في حالة الطلاق ، وأما في حالة الوفاة فلأخ الزوج أن يتزوج زوجة أخيه بعد وفاته ، وللزوج زواج أخت زوجته بعد وفاة زوجته (2) .

ملاحظات :

أولًا – إن الزواج مباح بين ولدي العم الأشقاء .

---

(1) جاء في الخرشي : 207/3 أنه يحرم على الشخص ذكرًا أو أنثى أصوله ، وهو من له عليه ولادة مباشرة أو بواسطة ، فيحرم على الذكر أمه وأمها وإن علت وأم أبيه وأمها وإن علت وأم أبي أمه وأم أبي أبيه وعلى الأنثى أبوها وأبوه وإن علا وأبو أم أبيها وأبو أمها وإن بَعُد وأبو أم أمها كذلك ، وفصوله وهو من له عليه ولادة مباشرة أو بواسطة وإن بعدت ؛ فيحرم على الذكر بنته وإن سفلت وعلى الأنثى ابنها كذلك ... ولو خلقت من مائه يعني أن الرجل إذا زنى بامرأة فحملت منه بابنة فإنها تحرم عليه ، كما يحرم عليه من بناته من ثبت نسبها منه لأن الجميع خلقن من مائه ... ويحرم على الشخص أن يتزوج امرأة تزوجها أحد من آبائه وإن علوا أو بنيه وإن سفلوا ... وفصول أوّل أصوله أي وحرم على الشخص فصول أبيه وأمه ، وهم إخوته وأخواته أشقاء أو لأب أو لأم وأولادهم وإن سفلوا . وأول فصل من كل أصل يريد أنه يحرم الفصل الأول خاصة من كل أصل ماعدا الأصل الأول ؛ لأن الأصل الذي يلي الأصل الأول هو الجد الأقرب والجدة القربى ، وابن الأول عم أو خال وابنته عمة أو خالة ، وابن الجدة المذكورة وابنتها كذلك ، وهم أول الفصول والتحريم مقصور عليهم ، وأما أولادهم فهم حلال ، وأما فصول الأصل الأول فهم حرام وإن سفلوا كما مر . وفي الخرشي 209/2 أنه يحرم على الحر والعبد جمع خمس من النساء في عقد ولو سمى لكل واحدة صداقها ويفسخ نكاح الجميع ، أو عقود ويفسخ نكاح الخامسة إن علم وإلا فالجميع . وجاء في حاشية الدسوقي 253/3 أنه يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها .

(2) انظر : البنود من 1161 إلى 164 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 41 ، 42 .

ثانيًا – إن الزواج مباح بين أخوين من ناحية وأختين من ناحية أخرى لأن حرمة المصاهرة لا تمتد إلى أخي الزوج .

ثالثًا – إن الزواج مباح بين رجلٍ – توفيت زوجته – وولدِه وبين زوجة توفي زوجها ومعها بنتها . للرجل الأم ، وللولد البنت .

بند [110] التشريع الإسلامي

ويحرم بمجرد العقد – وإن لم يتلذذ الزوج بزوجته – أصول زوجته وهن أمهاتها وإن علون ، ويحرم على الزوج فصول زوجته ، وهن بناتها ، وإن سفلن بشرط أن يتلذذ بالزوجة وإن بعد موتها ولو بنظر إن وجد اللذة (فالعقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات أو التلذذ بهن يحرم البنات) [1] فمجرد العقد على الأم لا يحرم البنت ، ولكن مجرد العقد على البنت يحرم الأم .

ولا حرمة بين أخي الزوج والزوجة متى انحل نكاحهما ، ولا بين أخت الزوجة والزوج متى انحل نكاحها بطلاق بائن أو وفاة ، ويحرم على الزوجة أصول زوجها وفروعه .

وبعد مراعاة قواعد التحريم المذكورة بالقرابة والنسب يجوز الزواج ببنت العم الشقيق أو للأب ، كما يجوز أن يتزوج أخوان أختين ، وأن يتزوج الرجل زوجة ولها بنت من آخر وله ولد فيتزوج الولد بنت زوجة أبيه [2] .

بند [111] تحريم ناشئ عن القرابة الطبيعية

القانون الفرنسي : يحرم بالقرابة الطبيعية ما يحرم بالقرابة الشرعية بالنسبة للإخوة والأخوات بشرط أن يكون الاعتراف بالبنوة حصل بإشهاد أو بحكم

---

(1) قاعدة : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات أو التلذذ بهن يحرم البنات .

(2) جاء في أحكام القرآن لابن العربي 384/1 وما بعدها : – المسألة التاسعة قوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ هذا عموم متفق عليه ممن نفاه وممن أثبته ، وذلك أن الله تعالى عدد المحرمات ، ثم قال : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ فاختلف الناس في المراد به على ثلاثة أقوال : الأول – المراد به من عدا القرابة من المحرمات المذكورات . الثاني – ما دون الأربع . الثالث – ما ملكت إيمانكم وعدد المحرمات في الشريعة عندنا حسبما رتبنا من الأدلة في هذا الكتاب وغيره من النساء أربعون امرأة ، منهن أربع وعشرون حُرِّمن تحريمًا مؤبدًا ، ومنهن ست عشرة تحريمهن بعارض .

قضائي [1] .

بند [112] التشريع الإسلامي

الولد الطبيعي هو مجهول النسب ، فلو اعترف به عاقل بالغ يولد مثله لمثله إلخ بأنه ولده كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين ولد وأبيه ؛ فيحرم على كل منهما ما يحرم على الولد الذي نسب للفراش القائم بين الرجل وزوجته ؛ فلا يتزوج الأب زوجة ولده الذي اعترف به ، ولا الولد زوجة أبيه المعترف به ، ولا أولاد أبيه ، ولا أصولهم ، ولا فروعهم إلخ ، ويرث من أبيه الذي اعترف به ، وليس التحريم بين الأخ والأخوات وهذا الولد فقط بل بينه وبين أصول أبيه وفروعه إلخ [2] .

ويكفي في الإقرار بالبنوة أن يكون المقر عاقلًا بالغًا لا يكذبه الظاهر ولا العرف ولا العقل ، ومتى استوفى الإقرار شروطه فهو صحيح ، ولا يلزم عمل إشهاد بذلك ، فإن أشهد اثنين على إقراره صح [3] .

وفي الشريعة الإسلامية التحريم الناشئ عن الرضاع . وهو وصول لبن امرأة لجوف صغير في مدة رضاعه (حولين أو ما قاربهما) إن لم يستغن عن اللبن قبل ذلك ، فيحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب [4] ، فالرجل صاحب العصمة يعتبر أبًا للرضيع ؛ والأم تعتبر أمًّا للرضيع ؛ فيحرم على الرضيع أصول أبيه وأصول أمه من الرضاع وإخوته وفروعهم من الرضاع أيضًا ، والحرمة قاصرة على الرضيع فقط بمعنى أن أم أخيك ، وأم أختك ، وأم ولد ولدك ، وأخت ولدك ، وأم عمك ،

---

(1) انظر : بند 161 ، وبند 162 في الباب الأول ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 41 .

(2) في المذهب المالكي وغيره من المذاهب الفقهية أن المقر يؤاخذ بإقراره إذا كان المقر له أهلا لما أقر به . الشرح الكبير 397/3 . ويصح الإقرار بالنسب لمجهول الانتساب لأب معين . حاشية الدسوقي 412/3 ويثبت نسبه بهذا الإقرار ، ويأخذ من التركة نصيبه ويحرم عليه نكاح أم الميت وابنته إن كان المقر به ابنًا أو أخًا للميت . حاشية الدسوقي 417/3 .

(3) جاء في التاج والإكليل 238/5 وما بعدها ، قال مالك في المدونة : من ادعى ولدًا لا يعرف كذبه فيه لحق به ... إن لم يكذبه العقل لصغره أو العادة . ابن شاس إذا قال لعبده : هذا ابني لحق به ما لم يكذبه الحس بأن يكون أكبر سنًّا منه ، أو العرف بأن يتيقن الناس أنه ليس بولده كما إذا كان الغلام سنديا والرجل فارسِيًّا .

(4) قاعدة : يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب .

وعمتك ، وأم خالك وخالتك في الرضاع ليست محرمة عليك .. وخالتك في الرضاع ليست محرمة . كما يحل لأخ الرضيع من أبيه أخت أخيه من أمه المرضع ، والتحريم بالرضاع مجمع عليه في التشريع الإسلامي [1] ، وليس معمولًا به في القوانين الوضعية إطلاقًا .

(1) جاء في الخرشي 176/4 وما بعدها : « حصول لبن امرأة ... في جوف الصغير المرضع ينشر الحرمة كما ينشرها النسب ... » ثم ذكر شرط التحريم بقوله : إن حصل في الحولين أو بزيادة الشهرين يعني أن شرط نشر الحرمة بالرضاع أن يحصل الوصول للجوف في الحولين من ولادته أو زيادة ما قرب منهما مما له حكمه كالشهر والشهرين وقيل : الثلاثة الأشهر وهذا ما دام مقصورًا على الرضاع ... ، ويحرم الرضاع ما حرمه النسب ، فكما حرم السبع بقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ ... إلى قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ حرمن من الرضاع بقوله : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ... ﴾ وقوله ما حرمه أي الذوات والأعيان التي حرمها النسب ، إلا أم أخيك أو أختك وأم ولد ولدك وجدة ولدك وأخت ولدك وأم عمك وعمتك وأم خالك وخالتك فقد لا يحرمن من الرضاع .

نتيجة المقارنات من بند 73 إلى نهاية 112

يتفق التشريعان فيما يأتي : العائلة ، الزواج (في بعض شروطه) ، أغراض الزواج (في غالب أغراضه) ، الخطوبة ، شروط عقد الزواج ، اختلاف الجنسين ، رضاء مريدي الزواج (على تفصيل في ذلك) ، رضاء الأقارب (في الجملة) ، عدم وجود زواج سابق (في المحرم جمعه) ، عدم وجود رابطة قرابة أو نسب (في غالب صور النسب) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : عدم إمكان حل الزواج من الزوجين ، الاختلاط قبل الزواج ، السن المطلوبة ، تعدد الزوجة ، بعض صور التحريم بالنسب ، تحريم بالقرابة الطبيعية .

بند [113] القانون الفرنسي

تحريم ناشئ عن قرابة التبني

التبني مانع من الزواج في الأحوال الآتية :

أولًا – بين المتبنِّي والمتبنَّى ومن ولد لهما .

ثانيًا – بين الأولاد المتبنين لشخص واحد .

ثالثًا – بين المتبنَّى ومن سيولد للمتبنِّي .

رابعًا – بين المتبنَّى وزوجة المتبنِّي ، وبالعكس بين المتبنِّي وزوجة المتبنَّى [1] .

بند [114] التشريع الإسلامي

التبني هو إلحاق شخص معلوم النسب بآخر ؛ فيُعْطَى حكم ولده لصلبه ، وهذه كانت عادة الجاهلية الأولى قبل الإسلام ، بل وكانت عادة الرومان ، فلما جاء الإسلام أبطل هذه العادة من أساسها ، وأبطل ما كان مرتبًا عليها من حرمة زواج امرأة المتبنَّى على المتبنِّي ، فأمر الله رسوله أن يتزوج زوجة متبناه زيد بن حارثة [2] ، فخشى الرسول ﷺ قول الناس في إبطال هذه العادة فعاتبه الله في ذلك فقال : ﴿ وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَٱتَّقِ ٱللَّهَ وَتُخْفِى فِى نَفْسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَىٰهُ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا لِكَىْ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزْوَٰجِ أَدْعِيَآئِهِمْ إِذَا قَضَوْا

---

(1) انظر : بند 348 الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 79 .

(2) زيد بن حارثة بن شراحيل أو شرحبيل بن كعب بن عبد العزى بن يزيد بن امرئ القيس بن عامر بن النعمان ملقب بالأمير الشهيد ، وهو المسمى في سورة الأحزاب في الآية رقم (37) وحِبُّ رسول الله ﷺ ولم يسم الله تعالى في كتابه صحابيًا باسمه إلا زيد بن حارثة . وعن الواقدي : قال خرج زيد بن حارثة أميرًا في سبع سرايا قال رسول الله ﷺ لزيد بن حارثة [يا زيد أنت مولاي ، ومني وإليّ ، وأحب القوم إليّ] جزء من حديث رواه أحمد في مسنده وروي عن عائشة ما بعث رسول الله زيدًا في جيش قط إلا أمَّره عليهم ولو بقي بعده استخلفه . النسائي وأحمد وصلى عليه النبي أي دعا له وقال [استغفروا لأخيكم قد دخل الجنة وهو يسعى] ابن عساكر وكان استشهاده في مؤته في جمادى الأولى سنة ثمان وهو ابن خمس وخمسين سنة . انظر : سير أعلام النبلاء 139/3 إلى 144 .

مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ ٱللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ (1) ، وقال : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ ﴾ (2) ، ثم قال : ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ (3) . وبهذا النظام الأساسي بطل التبني من أساسه فبطل ما ترتب عليه من تحريم وخلافه ، فالتبني لا يفيد تحريم الزواج إطلاقًا ، إنما الذي يفيده الاستلحاق وهو الإقرار بالنسب ، وهو لمجهول النسب وليس بتبنٍّ كما سبق .

بند [115] القانون الفرنسي

معافاة ممكنة من التحريم . يجوز لرئيس الحكومة بناء على طلب وزير العدل وبعد أخذ رأي النائب العام السماح بالزواج بين عم وبنت أخيه ، وعم كبير وبنت ولد أخ ، وعمة وابن أخيها ، وعمة كبيرة وابن ولد الأخ ، ومخالفات القانون في المحرمات المذكورة غير جمع زوجتين توجد فاحشة بين أقارب (زنى ذوي القرابة) ، وهو ليس جناية ولا جنحة ، وعقوبته مدنية محضة وهي إلغاء الزواج (4) .

بند [116] التشريع الإسلامي

المحرمات المجمع على تحريمها المذكورة في أساس التشريع في الكتاب الكريم أو السنة الصحيحة لا يمكن لمخلوق الاجتهاد فيها ، وما ذكر من محرمات النساء وردت بالنص فلا يمكن لمخلوق أن يحل ما حرم الله .

أما مخالفة المحرمات فلا تسمى جنحة ؛ لأن هذا اصطلاح وضعي ، وإنما يقال له قد ارتكب محرمًا ، والمحرمات تزال بحكم الحاكم فيجب التفريق بين الزوجين ، ثم الحكم عليهما بالحد الشرعي متى توفرت أركانه وشروطه والترافع بهذا ونحوه واجب حسبة على كل مسلم أن يدعيه ، ويطلب التفرقة وإقامة الحد ، ومتى قام به البعض سقط عن الباقين ، فهو حق عام لحفظ أصول الدين وإزالة المنكر ، وليست المسألة بطلان العقد فقط كما ترى (5) .

---

(1) سورة الأحزاب الآية رقم 37 . (2) سورة الأحزاب الآية رقم 4 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 6 .

(4) انظر : بند 164 في الباب الأول من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 42 .

(5) جاء في الشرح الكبير 251/2 أن عقد النكاح الصحيح يوجب الحرمة ، وكذا الفاسد على النحو الذي قد أشار إليه المؤلف ، وهو محل إجماع بين فقهاء المسلمين لثبوته بالنصوص .

بند [117] القانون الفرنسي

يوجد فيما عدا ما ذكر من الشروط والقواعد العدة ، (وهي خلو الرحم من الحمل من الزواج السابق) ، والقاعدة أن المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا يجوز لها أن تتزوج ثانيًا إلا بعد مضي (300) ثلاثمائة يوم كاملة من انحلال الزواج ، وتبدأ العدة من يوم قرار التفريق الجسماني بين الرجل والمرأة وهو القرار التمهيدي للطلاق ، فمتى انتهى النطق بالطلاق وقد مضت العدة بين الحكمين فتتزوج المرأة مباشرة ، وإذا وضعت بعد الحكم بالطلاق فلا عدة عليها ، ولا عدة على الرجل مطلقًا [1] .

بند [118] القانون الروماني

في القانون الروماني أن الزوجة إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها وجب عليها قضاء العدة قبل الزواج الثاني وهى عشرة أشهر منعًا لاختلاط الأنساب [2] .

بند [119] التشريع الإسلامي

العدة شرط من شروط صحة الزواج ، فيجب على المطلقة المدخول بها أو التي اختلى بها زوجها خلوة شرعية صحيحة أو المتوفى عنها زوجها قضاء العدة قبل الزواج الثاني ، وقد نظر المشرع إلى أن العدة يقصد بها تعرُّف براءة الرحم ، ففصل العدة بالنسبة للمرأة ، وقصرها على مواضعها بلا إجحاف بالمرأة ولا تضييع لحقوق الزوج حيًّا و ميتًا ، وبيان ذلك :

1 - أن عدة الحرة والأمة من طلاق أو وفاة في حالة الحمل وضع الحمل .

2 - وعدة الحرة والأمة الآيستين (وهما من بلغتا سنًّا لا تحمل فيه ، وقطعت عادتهما ، وقدر بـ 55 سنة أو نحو ذلك من عمرها) ؛ وكانت العدة من طلاق ؛ ثلاثة أشهر .

3 - وعدة الحرة والأمة اللتين لا تحيضان لصغر أو عادة من طلاق ثلاثة أشهر .

4 - وعدة الحرة التي تحيض ، من طلاق ثلاثة أطهار بعد الحيض ، والأمة طهْران .

5 - وعدة الحرة المستحاضة التي لا ينقطع عنها الدم من طلاق سنة كاملة ،

---

(1) انظر : بند 296 من الباب الرابع من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 69 .

(2) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول (في النكاح الصحيح) من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 - 24 .

وكذا المستحاضة غير المميزة ، ومن تأخر حيضها لغير رضاع حرة أو أمة فعدتها سنة كاملة ، أما المستحاضة المميزة فعدتها من الطلاق ثلاثة أطهار والأمة طهران .

6 – وعدة الحرة التي تحيض من الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، والأمة شهران [1] وخمس ليال ، فترى حكم القوانين الوضعية لا تمييز فيه بين صغيرة ولا كبيرة ، ولا بين مطلقة أو متوفى عنها ، ولا من ترى الحيض ولا من لا تحيض ، مع أن علة مشروعية العدة تَعَرُّف براءة الرحم ، فجرى التشريع الإسلامي على تعرف البراءة وجودًا وعدمًا ، فهو تشريع سماوي لا ظلم فيه ولا إرهاق ، ومن أدرى بحالة عباده ممن خلقهم ؟ .

بند [120] إعلان الزواج

القانون الفرنسي : الإجراءات المطلوبة لإجراء عقد الزواج ثلاثة أنواع : قبله ، ومعه ، وبعده ، وجميع ذلك يكوِّن إعلان الزواج [2] .

الإجراءات التي تتقدم الزواج

أولًا – النشر ، وهو إعلان للعامة يتضمن مشروع زواج بين شخصين ، والغرض منه :

1 – طلب المعارضات للزواج من جانب أصحاب الحقوق في ذلك .

2 – إيجاد السبيل لمن يعلم شيئًا يمنع هذا الزواج للإدلاء به .

ويتكوَّن النشر من لصق إعلان على باب محل العمدية يحوي الأسماء ، والصنعة ، ومحل الإقامة ، وسكن طالبي الزواج ، وكذا الرشد والقصر ، ومحل إعلان الزوج ، واليوم ، والساعة ، والمكان الذي تم فيه النشر .

ويكتب هذا الإعلان في سجل خاص منمر موقعا عليه من القاضي يوضع في نهاية كل سنة بقلم كتاب المحكمة المدنية التابع لها القسم الإداري ، ويلصق الإعلان في أي يوم من الأسبوع .

ويجب أن يبقى الإعلان عشرة أيام خلاف يوم الإعلان ، فلا يتم عقد الزواج

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 475/2 أن المعتدة الحرة غير الحامل المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام .... وجاء في الشرح الكبير 476/2 : أن عدة الوفاة للأمة شهران وخمس ليال ...

(2) انظر : البنود من 63 إلى 76 في الباب الثالث ، من الكتاب الثاني من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 18 ، 19 ، 20 ، 21 .

قبل مضي عشرة أيام ، ويعمل بهذا الإعلان لمدة سنة ، فإن مضت السنة ولم يتم عقد الزواج وجب الإعلان من جديد ، والنشر يكون في محل إقامة كل من طالبي الزواج أو محل سكنه ، ويجب الإعلان مرتين في الحالتين الآتيتين :

أولًا – إذا كان محل الإقامة الحالي لم يمض عليه ستة أشهر فيعلن أيضًا في محل الإقامة السابق إذا مضى فيه طالب الزواج ستة أشهر ، وإلا فمحل الولادة .

ثانيًا – إذا كان أحد المتعاقدين أو هما غير رشيد فيعلن أيضًا في محل إقامة الوصي أو الولي ، وعلى كاتب الإشهادات مباشرة الإعلان الثاني بواسطة الموظف المختص في المكان الثاني ، وعلى هذا الأخير إرسال شهادة للمختص بتسجيل عقد الزواج بعدم وجود معارضة من أحد في دائرة اختصاصه ، ويجوز المعافاة من الإعلان ومن المدة (10 أيام) بأمر النائب العام ، ويكون عقد الزواج في الحال لأسباب قاهرة .

والعقاب المترتب على عدم النشر هو استحالة إتمام عقد الزواج من الموظف المختص ، فإن خالف وأجرى العقد فلا يكون العقد محل إلغاء ، ويغرم الموظف 300 فرنك ، وعلى الطرفين غرامة تناسب ماليتهما .

ثالثًا – تقديم بعض أوراق إلى مسجل إشهاد الزواج ، وهي :

أولًا – شهادة الميلاد لكل من الطرفين تكون مستخرجة لثلاثة أشهر فأقل إذا كان استخراجها من فرنسا ، وستة أشهر إذا كان استخراجها من الخارج بواسطة ممثل فرنسا . ومن يستحيل عليه الحصول على شهادة الميلاد فيستعيض عنها بإشهاد أمام قاضي الصلح التابع له محل ولادته بشهادة سبعة أشخاص مصدقا عليه من المحكمة المدنية التي يتبعها محل إعلان الزواج .

ثانيًا – إشهاد بقبول وإذن الأقارب ، إذا حضر الأقارب المطلوب إذنهم مجلس العقد كفى إذنهم فيه ، وإذا لم يحضروا وجب الحصول على إذنهم بالزواج في إشهاد ، أو عمل تبليغ لهم بمشروع الزواج .

ثالثًا – شهادة وفاة الأب والأم والأجداد والجدات المطلوب إذنهم في الزواج إذا كانوا متوفين .

رابعًا – إشهاد بحل الزواج السابق سواء بشهادة وفاة الزوج السابق أو حكم الطلاق إذا كان مطلقًا .

خامسًا ، وسادسًا ، وسابعًا – شهادة بمخالفة القانون إذا كان ، شهادة بحصول الإعلان القانوني ، شهادة بعدم حصول معارضة ، أو شهادة بمنع التعرض بعد الفصل .

ثامنًا – شهادة من مسجل العقود الذي سجل عقد ترتيب أملاك الزوجين إن كان تم ذلك .

الإجراءات التي ترافق عقد الزواج :

1 – يباشر تسجيل الزواج بشروطه موظف مختص دون غيره أيا كان ، فلا ينعقد حتى ولو كان أمام مسجل العقود المدنية .

2 – لابد أن يكون الموظف للأحوال الشخصية مختصًا في دائرته لتسجيل عقد الزواج .

3 – لابد أن يكون إتمام العقد وإعلانه بمنزل العمدية في أي يوم ولو عطلة متى اتفقا ، وفي الساعة التي يحددها الموظف ، ويجوز مخالفة ذلك للضرورة بأمر النائب العام .

4 – لابد أن يكون الزواج علانية وعامًّا ، فَتُفْتَح حجرة العقد لأي داخل ، ولابد من حضور طرفي العقد بأشخاصهما لإتمام العقد غير ما نص عليه في قانون سنة 1915 .

5 – حضور شاهدي العقد : واحد من جانب الزوج ، وواحد من جانب الزوجة ذكورا أو إناثا ، فقط يكونان راشدين أيا كانا .

عقد الزواج نفسه : يكون عقد الزواج على الترتيب الآتي :

1 – يقرأ الموظف المختص الأوراق المقدمة من مريدي الزواج ثم م 212 و 213 و 214 من القانون المدني (8/9 سنة 1919) .

2 – يسأل طرفي العقد ومن حضر معهما من الأقارب إن كانوا سجلوا عقدًا بأملاكهما أم لا .

3 – يسأل الأقارب عن إذنهما بالزواج أم لا .

4 – يسأل أحد الزوجين هل يريد أن يكون زوجًا للآخر الحاضر ، ويسميه (فلان) فيجيب نعم ، ثم يسأل الأخر فيجيب نعم .

5 – ينطق الموظف المختص (إنهما صارا زوجين) ، وبعد هذا الكلام قد وجد الزواج – ولو لم يحرر العقد في السجل – فتترتب عليه آثاره من جميع الوجوه .

ويجوز التوكيل في الزواج لمن تحت السلاح أو للأسارى في البر والبحر والجو ،

وأن يكون الوكيل ممن تصح شهادته وأن يكون رجلا .

الإجراءات التي تتبع بعد الزواج : يجب على الموظف المختص تحرير عقد الزواج في نفس الجلسة ليكون دليلا على الزواج ، ويشتمل عقد الزواج على البيانات الآتية :

1 - الأسماء ، والألقاب ، والسن ، ومكان الولادة ، ومحل إقامة الزوجين .

2 - يذكر إن كانا رشيدين أو أحدهما أو قاصرين .

3 - الأسماء ، والألقاب ، والصناعة ، ومحل الإقامة للآباء والأمهات .

4 - سماح من لهم حق الإذن بالزواج حسب نص القانون مع التنويه المنصوص عليه في المادة 151 مدني إذا كان حصل ذكر المعارضات ورفعها إذا كان حصل أو عدم حصولها .

5 - أسماء ، وألقاب ، وعمر ، وصناعة ، وسكن الشهود ، وأنهم أقارب أو أصهار ، ومن أي ناحية ودرجة القرابة .

6 - إقرار المتعاقدين بزواجهما وإقرار مسجل الإشهاد باسم القانون أن الزواج وجد .

7 - أجوبة الأسئلة الموجهة من مسجل عقد الزواج عن عقد تنظيم الأموال بين الزوجين إذا وجد ، وتاريخه ، واسم من سجله ، وعنوانه .

بند [121] التشريع الإسلامي

يستحب إعلان الزواج وإشهاره بإطعام الطعام عليه لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أفشوا النكاح ، واضربوا عليه بالدف » (1) وليس ذلك شرطًا في صحة عقد الزواج ، فلو لم يعلم بالزواج إلا الزوجان ، ووكيل كل أو وكيل الزوجة أو وليهما أو ولي أحدهما ، والشاهدان لصح العقد ، ولهذا لم يرتب المشرع الفرنسي بطلان العقد أو قابليته للإلغاء على عدم إعلان الزواج ، وأما قبول الأقارب وحل الزواج السابق فهو شرط في صحة العقد كما تقدم (2) .

---

(1) البخاري كتاب النكاح باب 48 ، كتاب النسائي النكاح باب 72 .

(2) جاء في حاشية العدوي مع الخرشي 164/3 أن المرأة لا يصح مباشرتها العقد على الأنثى رغم الاعتراف بأن لها ولاية التوكيل دون المباشرة في مسائل ثلاثة أشار لها بقوله : ووكلت مالكة ووصية ومعتقة . والمعنى أن المرأة المالكة توكل حرًا ذكرًا يباشر عقد مملوكتها وكذلك المرأة الوصية توكل رجلًا يعقد على من هي في إيصائها .
وجاء في حاشية الدسوقي 230/2 أن لها أن توكل رجلا مستوفيًا للشروط السنة المعتبرة في الولي المباشر لعقد الأنثى وإنما وكلت من ذُكِر لأن لكل منهن حقًا في ولاية النكاح ولا يصح مباشرتها له ... وكذا فإنه لا بأس =

ولا يشترط في صحة عقد الزواج كونه أمام موظف مختص ، ولا بمنزل العمدية ، ولا كون أحد الشاهدين من جانب الزوج والآخر من جانب الزوجة ، ولا يشترط أن ينطق الموظف (إنهما صارا زوجين باسم القانون) ، بل بمجرد تمام صيغة الزواج الدالة على الإيجاب والقبول أو الرضا المتبادل تم الزواج ووجد .

ويصح التوكيل في الزواج من الذكر والأنثى وإن كانا في مجلس العقد ، وليس بشرط أن يكون الزوج تحت السلاح ، ولا بد أن يكون الوكيل ذكرًا ممن تصح شهادته (عاقلًا بالغًا إلخ) ، ولا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة في مجلس العقد بل الوثيقة جُعِلَت دليلًا كتابيًا على وجود الزواج إن كان الزواج موجودًا في ذاته تترتب عليه آثاره بمجرد إتمام صيغتي الإيجاب والقبول ، وفي مذهب أبي حنيفة يصح الزواج بحضور الزوجين الرشيدين وشاهدي العقد فتزوج الأنثى نفسها (زوجتك نفسي) ، ويقبل الزوج (قبلت زواجك) أمام الشاهدين (1) .

بند [122] إعلان الزواج في القانون الدولي

القانون الفرنسي : ينحصر هذا في موضعين :

1 - زواج الفرنسيين في الخارج . 2 - زواج الأجانب في فرنسا .

أولًا - زواج الفرنسيين في الخارج ، إذا تزوجا في أي بلد أجنبي فعليهما اتباع القوانين المحلية لإعلان زواجهما ،وإن تزوجا أمام ممثل فرنسا السياسي أو القنصلي المسموح لهم بسماع إشهادات الزواج والمختصين ؛ فللطرفين الخيار في إتباع إحدى الطريقتين التي توافقهما . إذا أُعْلِن زواج الفرنسيين في الخارج وجب إعلانه في فرنسا طبقًا للمادة 170 قانون مدني لكي يتجنب الفرنسيون المتزوجون في الخارج مخالفة موضوع القانون الفرنسي في الخارج ، أما الشكل فيتبع القانون المحلي .

= أن يوكل الرجل نصرانيًا أو عبدًا أو امرأة في عقد نكاحه ... حاشية الدسوقي 231/2 .

(1) جاء في بدائع الصنائع للكاساني 231/2 أنه لا خلاف في أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي كقوله زوجت وتزوجت وما يجري مجراه ، وأما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل كما إذا قال ... لها زوجيني وأنكحيني نفسك فقالت زوجتك أو أنكحت ينعقد استحسانًا وقد نص الكاساني على أن الشهادة من شرائط ركن العقد ، وركنه هو الإيجاب والقبول بدائع الصنائع 377/2 وجاء في الفتاوي الهندية 271/1 : ولو قالت امرأة عرّستك نفسي فقال : قبلت يكون نكاحًا هكذا في فتاوى قاضيخان . ولو قالت المبانة رددت نفسي إليك فقال الزوج : قبلت بحضرة الشاهدين يكون نكاحًا . كذا في محيط السرخسي .

وإذا خالف الطرفان ولم يعلنا فقيل : إن العقد صحيح ، وقيل : يجوز إلغاؤه ، وقيل : إن كان لترك إذن الأقارب صح إلغاؤه .

ومتى عاد الطرفان إلى فرنسا وجب عليهما تسجيل عقد زواجهما في سجل الزواج الخاص بمحل إقامتهما في مدة ثلاثة أشهر من عودتهما ، ويُؤَشَّر على هامش سجل ولادتهما بما يفيد تسجيل عقد زواجهما ليكون دليل الزواج .

ثانيًا – زواج الأجانب في فرنسا ، لهم الخيار كالفرنسيين في الخارج إما أمام ممثلي بلادهم السياسي أو القنصلي ، وإما أمام مسجل عقود الزواج التابع له محل إقامتهما ، وحينئذ يطبق القانون المحلي [1] .

بند [123] التشريع الإسلامي

الشريعة الإسلامية لا تتعرض لزواج النصارى واليهود ولو خالف ذلك ما هو محرم فيها كزواج الأخ لبنت أخيه ، ما داموا لم يخرجوا عن مقتضى واجب العهد . وأما زواج المسلمين في بلاد أخرى فيجب لصحة زواجهم أن يكون مطابقًا لتشريع دينهم مجتمعًا فيه أركانه وشروط صحته .

بند [124] المعارضة في الزواج

القانون الفرنسي : المعارضة في الزواج عمل يتقدم به بعض أشخاص محددين قانونًا لمنع موظف تسجيل العقود المدنية من سماع إشهاد الزواج .

وفرق بين المعارضة في الزواج والتبليغ البسيط الذي يتقدم به أي شخص كان ليطلع الموظف المختص عما يمنع الزواج . وللموظف الحق في عدم المبالاة به ويعلن الزواج ، وأما المعارضة فتُقَدَّم من بعض أشخاص ، ويجب على الموظف المختص بعقد الزواج الخضوع وعدم مباشرة عقد الزواج وتأجيله حتى يفصل في المعارضة .

والذين يملكون حق الاعتراض هم :

1 – أحد راغبي الزواج .

2 – من لهم على أحد الزوجين ولادة .

(1) انظر : بند 47 ، 48 ، في الباب الأول من الكتاب الثاني البند 170 ، 171 في الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 14 ، 15 ، ص 43 .

3 - الأقارب الحواشي وهو من تجمعك به ولادة .

4 - الوصي أو القيم . 5 - النائب العام .

أولًا - لأحد راغبي الزواج المعارضة إذا كان الطرف الآخر لازال متزوجًا لم يحل زواجه .

ثانيًا - من له على أحد طالبي الزواج ولادة ، للأب والأم حق المعارضة في الزواج ، فإن انعدموا انتقل حق المعارضة إلى أجداد وجدات طالبي الزواج ، فإن عدموا انتقل إلى من يليهم ، وهكذا درجة بعد درجة ، ويقدم الحق للذكور من الدرجة الواحدة ثم النساء .

وليس عليهم بيان السبب ، بل للمحكمة المدنية تقديره عند نظر الموضوع ، ومتى قررت المحكمة رفض الموضوع فلا تقبل معارضة أخرى ، ولا يؤخر إعلان الزواج عن موعده .

ثالثًا - الأقارب الحواشي لهم حق المعارضة في الزواج بشرط عدم وجود أصل لطالبي الزواج ، والحواشي هم الأخ والأخت ، والعم أو العمة ، وبنت العم أو ابن العم الشقيق ، ويشترط فيهم كونهم راشدين ، ويشترط :

أولًا - عدم وجود رضا وقبول مجلس العائلة .

ثانيًا - جنون أو عَتَه أحد طالبي الزواج .

رابعًا - الوصي والقيم لهم الحق في المعارضة كما للأقارب الحواشي وللسببين عينيهما .

خامسًا - النائب العام ، في تدخل النائب العام ، ثلاثة آراء :

أولًا - له الحق في المعارضة ما دام يحافظ على القانون وعلى الصالح العام ، فهو مكلف بالترتيبات القضائية محافظة على القانون .

ثانيًا - له الحق في المعارضة ما دام لم ينفذ شرط عقد الزواج الذي يترتب عليه الإلغاء المطلق (مادة 148 و 191) .

ثالثًا - ليس للنائب العام أي حق في المعارضة في الزواج ، لأن حق المعارضة مستثنى من القواعد العامة ؛ فلا يتوسع فيها لتشمل النائب العام [1] .

---

(1) انظر : البنود من 172 إلى 179 في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 43 ، 44 .

بند [125] التشريع الإسلامي

المعارضة في الزواج عمل يقوم به بعض أشخاص لمنع إتمام عقد زواج أو لفسخه ، ويكون المنع من ولي مجبر وغير مجبر ، فالولي المجبر لا يعد عاضلا (مانعًا) لمجبرته برده لكفئها ردًا متكررا إلا إذا تحقق منعه بغير حق فيؤمر بالتزويج ، فإن لم يفعل زوج عليه الحاكم ، ولابد من إذنها بالقول ولو زوجها الحاكم [1] .

والولي غير المجبر إن منع موليته من الزواج من كفء رضيته أو دعيت إليه أو اختار الولي غيره سأله الحاكم عن وجه امتناعه ، فإن وجد صوابًا أنفذ رده ، وإلا أمر بتزويجها من الكفء الذي رضيته أو طلبها ، فإن امتنع زوجها الحاكم .

ومعلوم أن الزواج يوجد بالإيجاب والقبول بشاهدين ، وليس بلازم أن يعلن مسجل العقود وجوده فقط (للمأذون) مسجل العقود الزوجية الامتناع عن إثباته أو إجراء صيغة العقد متى فقد شرط نظامي مما أمروا باتباعه ، فيرفع الأمر إلى القاضي الشرعي فيفصل فيه إما بالأمر بإثبات العقد ، وإما بالمنع حتى يزول المانع .

والذين يملكون حق الاعتراض هم :

أولًا – لأحد طالبي الزواج المعارضة والممانعة في عقد الزواج إذا وجد مانع شرعي أو مانع شخصي كعدم قبول الزواج من شخص معين – وكان الولي غير مجبر أو كان مجبرًا وتحقق عضله . وليس المراد هنا بالمعارضة التي يقصدها المشرع الفرنسي فليست موجودة إلا إن اعتبرنا أن المأذون هو مسجل العقود ، وتوسعنا بالمعارضة لتشمل عدم القبول .

ثانيًا – العصبة ، وهم من له على طالبي الزواج ولادة ، أو يجتمع معهم في أصل واحد فيشمل الإخوة وبنيهم والأعمام إلخ .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 232/2 أنه لا ينتقل بسبب امتناعه من تزويجها لكفئها الحق للأبعد ... وخالف في ذلك ابن عبد السلام فقال : إنما يزوجها الحاكم عند عدم الولي غير العاضل ، وأما عند وجوده فينتقل الحق للأبعد؛ لأن عضل الأقرب واستمراره على الامتناع صيره بمنزلة العدم ، فينتقل الحق للأبعد ... ولا يعد الأب المجبر عاضلًا لمجبرته برده لكفئها ردًا متكررًا ، وذلك لما جبل عليه الأب من الحنان والشفقة على بنته ولجهلها بمصالح نفسها ... ويأمره الحاكم بالتزويج ، فإذا امتنع منه بعد أمره به زوجها الحاكم دون أن يسأله عن وجه امتناعه ؛ إذ لا معنى للسؤال مع تحقق العضل ، وقد تقدم أن من عُضِلَت لا بد من إذنها بالقول .

1 - والولي المجبر هو الأب في البكر ولو عانسا (أي كانت مُسنة) إلا إذا رشدها أو أطلق الحجر عنها ، أو أقامت ببيت زوجها سنة فأكثر فلا جبر ، وفي الثيب الصغيرة أو الثيب التي زالت بكارتها بعارض أو بزنا ، ولو ولدت ، فله الجبر ، وفي المجنونة إلا أن تفيق فتنتظر .

2 - والولي المجبر وصي الأب أيضًا الذي أمره الأب بالجبر ، أو عين له الزوج ، أو أطلق له التصرف في إنكاحها كما يشاء فله الجبر .

3 - والولي المجبر أيضًا السيد في رقيقه ولو أنثى ، ويشترط في الولي العاصب أن يكون ذكرًا حرًّا بالغًا عاقلًا ، إلا في جبر السيد رقيقه فيصح للمرأة ، ولكن توكل غيرها لتولي العقد .

والولي غير المجبر ما عدا هؤلاء الثلاثة فلهم حق الاعتراض أيضًا ، ولكن الترتيب بينهم ليس بشرط ، فيقدم الابن فابنه فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه فجد أب فعَمّه فابنه ، والأولى تقديم الشقيق إلخ . فلو زوج أب غير مجبر مع وجود ابن صح ، ولا اعتراض للابن ، ووصي غير الأب أو وصي الأب غير المجبر مرتبته كمرتبة الأخ أو الأب غير المجبر فينظر لمصلحة القاصر .

الحق العام : يجب على كل مسلم أن يتدخل حسبة في الاعتراض على الزواج ورفعه للحاكم لمنع وقوعه كزواج خامسة أو محرمة إجماعًا ، ومتى قام به البعض سقط عن الباقين ، وبما أن ولي الأمر قد نصب نوابًا ووكلاء نواب يقومون بالدفاع عن الحق العام فيجب عليهم متى علموا بمخالفة لأصول الشريعة المجمع عليها استصدار حكم بمنعه ، فإن لم يقم به قام به أي مسلم ، وأبلغه إلى القاضي الشرعي ؛ فيمنع وقوع الزواج (1) .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 164/4 أن الشهادة إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه 164/4 ويتخذ الحاكم من يخبره من أهل الأمانة والصلاح بما يقال في سيرته من خير أو شر فيحمد الله في الأول ويتنحى في الثاني أو يبين وجه الحق للناس وبما يقال في حكمه وشهوده ليعمل بمقتضى ذلك من إبقاء أو عزل أو أمر أو نهي . الشرح الكبير 132/4 ، وإنما يخبر الحاكم من يتخذه عن حال الشهود سرًّا فيما بينهما بحال شهوده الملازمين له ليشهدوا على أحكامه وعلى إقرار الخصوم ، ويستنيبهم في بعض الأمور لسماع الدعاوى 138/4 .

بند [126] نتائج المعارضة

القانون الفرنسي [1] : متى قدمت المعارضة على يد محضر ، وأعلنت مستوفاة شروطها القانونية إلى مسجل عقود الزواج المختص وجب عليه الامتناع عن إتمام العقد حتى ولو كانت المعارضة غير حقيقية ، وإن خالف يغرم 300 فرنك ، ويلزم بالتعويض لمن أصابه ضرر . وإن كانت المعارضة غير قانونية فالموظف في مباشرة العقد أوّلا .

وترفع المعارضة وديا أو بواسطة محكمة محل إعلان الزواج المدنية في مدة عشرة أيام للضرورة ، فإن استؤنف الحكم فلا يباشر الموظف المختص عقد الزواج حتى يفصل في الاستئناف .

بند [127] التشريع الإسلامي

متى حصل اعتراض يرفع الأمر إلى القاضي ، فإن وجده مانعا من الزواج أمر بالمنع خصوصا المأذون فيأمر بعدم إجرائه وإثباته ، وإن وجد أن الاعتراض لا يمنع الزواج شرعا أجاز الزواج ، وأمر مسجل العقود الزوجية (المأذون) بمباشرته ، ولا داعي إلى هذا التطويل الذي لا فائدة فيه .

بند [128] إلغاء الزواج

القانون الفرنسي : مانع الزواج ، هو السبب القانوني الذي يكون عقبة في سبيل زواج شخصين ، وهو ما يحدث عند تخلف شرط مطلوب قانونًا [2] .

وموانع الزواج قسمان :مانع تحريمي ، ومانع فاسِخ .

فالمانع التحريمي هو ما يحرِّم على الموظف المختص إعلان زواج ، فإن خالف مع وجودها وتمم العقد وقع الزواج صحيحًا قانونًا ، وإن وقع هو تحت طائلة العقاب ، والعقد ليس قابلًا للفسخ .

والمانع الفاسخ أو المبطل هو ما يمنع الزواج ، ومخالفته تبطل العقد .

---

(1) انظر : البنود من 176 إلى 179 في الباب الثالث ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 44 .

(2) انظر : البنود من 180 إلى 202 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 49 .

الموانع المحرِّمة :

أولًا – عدم ملاحظة مدة تعرف خلو الرحم (عدم انقضاء العدة) للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها .

ثانيًا – عدم إرسال التبليغ المنصوص عليه في م 151 .

ثالثًا – عدم الإعلان عن الزواج .

رابعًا – وجود معارضة في الزواج ممن لهم هذا الحق .

خامسًا – عدم إذن الرئيس المطلوب إذنه من رجال الجيش للجندي الذي تحت السلاح .

الموانع الملغية :

1 – اتحاد الزوجين في الجنس (رجلان أو امرأتان) .

2 – انعدام إرادة الزوجين .

3 – انعدام إعلان الزواج أمام مسجل عقود الزواج

4 – عدم انفساخ زواج سابق (أو الجمع بين امرأتين في عصمة واحدة) .

5 – وجود قرابة عصبية أو سببية محرِّمة بالقانون .

6 – عدم وجود السن المطلوبة للزوجين بموجب القانون .

7 – عدم الإعلان عن الزواج وعقده أمام مسجل عقود الزواج غير المختص .

8 – عدم رضاء من يجب الحصول على إذنه بالزواج من الأقارب .

9 – عدم إرادة أحد الزوجين .

بند [129] مانع الزواج

التشريع الإسلامي : مانع الزواج هو تخلف ركن أو شرط صحة في العقد ، فهو السبب الشرعي المانع من الزواج ، وموانع الزواج إما فقد ركن أو ترك شرط ، ففقد الركن مبطل للعقد ، وفقد الشرط يجعل العقد قابلًا للفسخ [1] ، ويصح أن يقال :

(1) جاء في المدونة الكبرى 160/2 أن الشروط التي يفسد بها النكاح في قول مالك ليس لها حد . قال ابن القاسم ، وقال مالك : من تزوج امرأة على شروط تلزمه ، ثم إنه صالحها أو طلقها تطليقة فانقضت عدتها ، ثم =

إن زواج العسكري غير جائز نظامًا بدون إذن وإن كان صحيحًا شرعًا غير أن مسجل العقود مقيد بمراعاة ذلك ، فلو خالف وأجرى العقد وسجله في سجله صح العقد ، ويكون المأذون عرضة للمحاكمة (فهذا مانع تحريمي) .

الزواج ينعقد صحيحًا تترتب عليه آثاره متى استوفى أركانه وشروطه ، ومن أركانه الطرفان المتعاقدان ، ويشترط في المرأة أن تكون خالية من الأزواج ومن عدتهم ، فإن العدة من توابع النكاح السابق ، وقد شرعت لتعرُّف براءة الرحم منعًا لاختلاط الأنساب ، فالولد ينسب للفراش القائم أو يلحق بالفراش السابق متى وضع في المدة القانونية فيقع نكاح المعتدة باطلًا ، فانقضاء العدة شرط في صحة عقد الزواج .

ولكن للأسف الشديد الشريعة الوضعية لم تجعل انقضاء العدة شرطًا في صحة عقد الزواج اللاحق ، بل العقد يصح ولو لم تنقض العدة ، ولا ندري كيف ينسب الولد لصاحب الفراش مع أن العلوق به كان من الفراش السابق ، وفي هذا من المفاسد في النظم الاجتماعية ما يقوض أركانها في أساس العائلة الشرعية والأولاد ، وأما الإعلان عن الزواج فهو مستحب لكن ليس كطريقة الإعلان الوضعية ، بل المراد بها كثرة العارفين بالزواج . فقط يجب إعلان الزواج بحضور شاهدي العقد أو شاهدي الدخول . فإن عُقِد الزواج ودخل الزوج بلا شهود يُفْسَخ النكاح لعدم صحته ، وأما حصول معارضة ممن لهم حق المعارضة ، فإن كان وليًا مجبرًا فلا يصح العقد إذا تولاه غيره إلا لسبب شرعي صحيح كأن كان عاضلًا أو غائبًا غيبة بعيدة ، وإن كان وليًا غير مجبر ، ولم يأذن بالزواج ، وعقد ولي آخر متأخر عنه في المرتبة صح العقد .

وأما عدم إذن الرئيس العسكري فهو شرط نظامي يصح العقد بدونه . لا ينعقد الزواج بين ذكرين ولا بين أنثيين ، بل يجب أن يكون بين ذكر وأنثى بإرادتهما

= تزوجها بعد ذلك بنكاح جديد قال مالك : يلزمه تلك الشروط ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء ، قال : وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لا يلزمه من تلك الشروط شيء فإن ذلك لا ينفعه وتلك الشروط لازمة . وجاء في مواهب الجليل للحطاب 429/3 أن أركان النكاح أربعة ... أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها ، ولا يكون نكاح شرعي إلا بها ، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان ، والولي والصيغة شرطان ، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونها ، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح .

واختيارهما ، فلو انعدمت إرادة الطرفين معًا لم يوجد عقد الزواج – حتى ولو أجازاه بعد العقد وهما المفتات عليهما معًا – فلو انعدمت إرادة أحد الطرفين؛ وكان رضاء المفتات عليه قريبًا ؛ ورضيت بالقول ؛ ولم يحصل رد الزواج قبل الرضا منها ؛ وأن تكون بالبلد حال الافتيات والرضا ، ولم يقر الولي بالافتيات حال العقد ، ولم يكن الافتيات عليهما معًا صح العقد متى وجدت هذه الشروط .

ويصح عقد الزواج بدون حضور (المأذون) مسجل عقود الزواج . نعم منع الوالي قضاته من سماع دعوى الزوجية بدون وثيقة رسمية تصدر على يد أي مأذون أو أمام أي محكمة شرعية لكن هذا لا يقدح في صحة العقد ، ولا في وجوده ، ولا يبطله ؛ فتترتب عليه آثاره من نسب ، وولادة ، ومصاهرة ، وحل وتحريم إلخ . وعلة المنع أن الزمن قد فسد أهله ، وأصبح شهود الزور متوافرين ويجيدون أداء الشهادة بغير الحق ، وكثرت الدعاوى بحق وبباطل فقطع المشرع عليهم الطريق ، وسد باب شهادة الزور في الزواج لما يترتب عليها من أثر في الحياة ، فمنع سماع دعوى الزوجية بدون مسوغ قانوني (إشهاد الزواج الرسمي من أي جهة شرعية مأذون أو محكمة شرعية في محل الإقامة أم لا) وكذلك الحكم فيما إذا كان سن الزوجين أقل من المقدر قانونًا ؛ لأن سن البلوغ في الزواج 15 سنة في مذهب أبى حنيفة ، وهو الجاري عليه العمل الآن بالديار المصرية ، فالعقد صحيح في ذاته . والذي دعا المشرع إلى تحديد السن أن الناس كانوا يزوجون بناتهم في سن مبكرة جدًّا وكذا ذكورهم ، فكانت الأنثى معرضة لأمراض كثيرة ، والذكر ينزف كثيرًا في أول إدراكه ، فكان لابد من تقييد ذلك للمصلحة العامة ، ولكن هذا التقييد لم تراع فيه حكمة التشريع وعوائد المشرّع لهم ، فكان الواجب منع سماع الدعوى إلى سن 15 خمس عشرة سنة منعًا للمضار الناتجة من دور البلوغ . وقد سبق الكلام في هذا في تحديد السن فارجع إليه .

ولا ينعقد الزواج بين محرمين من جهة القرابة كعم وبنت أخيه ، أو المصاهرة كرجل وأم زوجته ، ولا بين محرَّمتي الاجتماع في عصمة واحدة كزوجة وبنت أختها أو بنت أخيها ، فيقع الزواج باطلا ؛ لأن شرط الركن – وهو الطرفان – ألا يكون الزواج بينهما محرمًا ، وكذلك يشترط في صحة الزواج إذن ورضاء الولي المجبر ، وهو الأب ، ووصيه ، والسيد في ملكه كما سبق فإن كان غير مجبر فلا يشترط إذنه ورضاه ، بل

للولي الأبعد أن يزوِّج مع وجود الأقرب بلا إذنه ولا رضاه [1] .

بند [130] أقسام الفسخ

القانون الفرنسي : الفسخ ثلاثة أقسام :

أولًا : عدم الوجود .

ثانيًا : الإلغاء المطلق .

ثالثًا : الإلغاء الخاص .

أولًا عدم الوجود : وهو الزواج الذي ليس له وجود قانونًا ، ويتميز بالآتي :

1 - ليس محتاجًا لكونه يلغى بعد وجوده ويكفي لمن يهمهم الأمر عند حصول معارضة في الإلغاء أو الوجود أن يرفع الأمر للمحكمة لتحقق عدم وجوده فقط فلا تصدر أمر الإلغاء حيث لا وجود له ، ولا يكون له في أي وقت وجود ولو مؤقتا ، ولا أية نتيجة قانونية تنتج عنه .

2 - كل شخص يهمه أمر الزواج يمكنه أن يحقق عدم وجوده .

3 - لا يمكن تغطية عدم الوجود لا بمرور الزمن ، ولا بإشهاد لاحق مثبت له .

وأحوال عدم وجود عقد الزواج هي :

1 - وجود جنس واحد (رجلان ، أو امرأتان) .

2 - عدم وجود رضاء مطلقًا من الطرفين .

3 - عدم وجود إعلان عن الزواج أمام المسجل العقود للأحوال المدنية .

ثانيًا : **الإلغاء العام** : وصفاته المميزة له تتمثل في منفعة الصالح العام فينتج ما يأتي :

أولًا - إن هذا الإلغاء يمكن لكل شخص يهمه الأمر أن يطلبه حتى النائب العام .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 253/2 النص على تحريم الجمع بين محرمتي الجمع ... كأم وبنتها أو خالتها أو وبنت أخيها أو بنت أختها ... إن دخل لزمه المسمى ، وإلا فسخ قبل البناء ولا شيء لها لإقرارها بأنه لا حق لها ... والفسخ بلا طلاق لأنه مجمع على فساده . وجاء فيه النص كذلك على تحريم الأخوة . والأخوات وذريتهم وإن سفلوا . الشرح الكبير 251/2 .

ثانيًا – إن هذا الإلغاء لا يمكن أن يختفي بمرور الزمن أيا كان ، ويمكن طلبه في أي زمن .

ثالثًا – هذا الإلغاء لا يمكن تغطيته بأي عمل أو بتصحيح من الزوجين . وأسباب الإلغاء العام هي :

1 – جمع اثنتين في عصمة رجل واحد .

2 – صغر سن الزوجين أو أحدهما عن السن المقرر قانونًا .

3 – الزواج بالمحرمات قانونًا من قرابة أو نسب .

4 – عدم إعلان الزواج ، وعدم اختصاص موظف العقود المدنية . ويمكن عد صغر السن وعدم اختصاص موظف العقود من الأسباب المختلطة (1) .

بند [131] أقسام الفسخ

التشريع الإسلامي :

أولًا – عدم الوجود شرعًا ، وهو العقد الذي فقد أركانه أو أحدها ؛ فلا يعتبر موجودًا إطلاقًا ولا يترتب عليه أي أثر ، وقرار القاضي فيه (تقرير عدم الوجود) لو رفع الأمر للقضاء . وبيان عدم وجوده من الحقوق العامة ، فعلى كل شخص طلب بيان عدم وجوده ولو قام به البعض سقط عن الباقين ، ومهما طال الزمن على ظهوره فهو لا وجود له شرعًا ، وذلك كزواج ذكرين أو عند انعدام الاختيار .

وأما عدم إعلان الزواج أمام موظف فلا يبطل العقد ولا يجعله غير موجود ، بل العقد صحيح يترتب عليه آثاره ، وقد سبق الحديث في هذا .

ثانيًا – الإلغاء العام : وهو من الحقوق العامة أيضًا ؛ فيطلبه كل شخص من باب إزالة المنكر والمحافظة على أوامر الدين ، وهذا الإلغاء يكون قبل الدخول وبعده ولو طالت المدة فلا يختفي بمرور الزمن ، ولا يمكن إصلاحه .

وأسباب الإلغاء فَقْد شرط من شروط صحة العقد : كالإشهاد على عقد الزواج (2) أو

---

(1) انظر : البنود من 180 إلى 202 في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس ، من تقريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 49 .

(2) جاء في الخرشي 168/3 أن الزوجين إذا دخلا بلا إشهاد فإن النكاح يفسخ بينهما بطلقة بائنة ، ولا حد على الزوجين لكون النكاح والدخول ظاهرا بين الناس .

عدم انقضاء العدة من نكاح سابق [1] ، أو فقد شرط من شروط الولي أو شرط من شروط الزوجين أو كان النكاح غير مقصود به التأبيد كالنكاح لأجل [2] إلخ ؛ فكل هذه العقود تلغى إلغاء عامًّا قبل الدخول وبعده ولو طال . فجمع خمسة في عصمة واحدة يوجب إلغاء عقد الخامسة مطلقًا [3] ، وتزوُّج أم زوجته أو بنتها [4] أو بنت أخيه مثلًا يوجب الإلغاء المطلق ، وأما صغر السن عن السن المحدود وضعًا (16 سنة و 18 سنة) أو عدم اختصاص موظف العقود (المأذون) فلا يبطل العقد كما سبق الحديث فيه [5] .

بند [132] الأشخاص الذين لهم حق طلب إلغاء الزواج إلغاء مطلقًا

القانون الفرنسي :

أولًا – الزوجان أو أحدهما ولو كان هو صاحب سبب الإلغاء كمتزوج اثنتين .

ثانيًا – من له على الزوجين ولادة ، آباء ، أمهات ، أجداد ، جدات وهكذا من غير تحقيق منفعة مالية بل يجب أن يكون السبب أدبيًّا . فلهم هذا الحق مجتمعين لا متتابعين .

ثالثًا – مجلس العائلة في حالة عدم وجود آباء أو أجداد فله الحق ما دام أحد الزوجين قاصرًا عن السن المطلوب قانونًا .

رابعًا – الأقارب الحواشي وولد زوجة أخرى له حق طلب الفسخ بعد الوفاة .

خامسًا – الزوج السابق لمن جمع زوجتين في عصمته .

---

(1) جاء في الخرشي 169/3 أن المعتدة من طلاق غير رجعي أو موت ... إذا وطئت بنكاح أو شبهة نكاح فلا يتأبد تحريمها .

(2) جاء في الخرشي 196/3 : أن النكاح المؤقت وهو نكاح المتعة يفسخ بعد البناء كما يفسخ قبله ويعاقب فيه الزوجان ولا يبلغ بهما مبلغ الحد .

(3) وجمع خمس من النساء في عقد ولو سمى لكل واحدة صداقها يوجب فسخ نكاح الجميع ؛ ولو كان الجمع في عقود متفرقة ويفسخ نكاح الخامسة إن علم وإلا فالجميع . الخرشي 209/9 .

(4) جاء في الخرشي 211/3 وإذا عقد عليهما عقدين مترتبين فإنه يفسخ عقد الثانية بلا خلاف ويمسك الأولى كانت الأم أو البنت ثم إن كانت التي فسخ نكاحها الأم فهي حرام أبدا ، وإن كانت البنت كان له أن يطلق الأولى وهي الأم ويتزوجها .

(5) البلوغ المعتبر في التزويج هو الحيض أو بلوغ ثمان عشرة سنة . واختلف في الإنبات ، ثم إن تزوجت به فقال ابن حبيب : يفسخ قبل البناء وبعده وقال محمد : لا يفسخ . مواهب الجليل 428/3 .

سادسًا – الأشخاص الذين لهم مصالح مالية في إلغاء الزواج ، كمن تعاقد مع الزوجة بدون إذن الزوج ، ومن تعاقد مع الزوج ويخشى ضمان مهر الزوجة .

سابعًا – النائب العام له طلب الإلغاء محافظة على الصالح العام ما دام الزوجان على قيد الحياة ، فإن ماتا أو أحدهما فقد انحل الزواج ؛ وسقط الحق العام .

ولكي يتحقق جمع اثنتين في عصمة واحدة يلزم أن يكون الزواج الأول وقع صحيحًا قانونًا . وأن يوجد الزواج الأول وقت انعقاد الثاني ، فإن عارض الزوج بأن الزواج الأول لاغ نظرت المحكمة أولًا في صحته أو إلغائه ، فإن صدر حكم إلغائه صح الثاني ؛ وإلا طُبِّق قانون جمع اثنتين [1] .

بند [133] التشريع الإسلامي

تقدم أن الإلغاء العام سببه فقد شرط من شروط الصحة أو شرط الولي أو أحد الطرفين إلخ ، فهو حق عام يجب على كل مسلم يعلم به أن يطلب من القاضي تحقيقه ، فللزوجين ، ولأوليائهما مجبرين وغير مجبرين ، وللوصي ، ولكل من لحقه ضرر مباشر أو غير مباشر طلب إلغاء الزواج وفسخه ، ومسألة طلب إلغاء الزواج إلغاء عامًّا لفقد شرط لا دخل للمال فيها إطلاقًا ، وإنما هي لإزالة منكر وللمحافظة على أوامر الدين .

فإن تتارك الزوجان اختيارا فقد فعلا ما يجب عليهما ، وإن تعاشرا رغما عن فقد الشرط للصحة أو لأحد الزوجين إلخ وجب رفع الأمر للحاكم ليفسخه ، والفسخ فيه ليس طلاقًا (متى كان متفقًا على فساده) كزواج خامسة أو محرمة بالنص إلخ . وإن مات أحدهما أو كلاهما سقط الحق ، ولا ميراث ولا لحوق ، ولكي يتحقق جمع خامسة في عصمة واحدة يجب أن يكون مسلَّمًا بصحة عقد الأربع التي قبلها ، وإلا فمتى بطل عقد إحدى الأربع صح نكاح الخامسة ؛ لأنها تكون الرابعة ، وأما جمع اثنتين فجائز بل أربع [2] .

---

(1) انظر : البنود 180 ، 182 ، 188 ، 190 ، 191 ، 199 ، 200 ، في الباب الرابع ، من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 ، 46 ، 47 ظن 48 ظن 49 .

(2) جاء في الخرشي 211/3 وما بعدها أن الشخص إذا تزوج خمس نسوة واحدة بعد واحدة ، أو جمع أربعًا بعقد وأفرد واحدة بعقد ، أو جمع اثنين أو ثلاثًا بعقد وأفرد ما بقي كل واحدة بعقد ، ومات الزوج ولم تعلم الخامسة في تلك الصور فإن الإرث يقتسمنه أخماسًا ؛ لأن نكاح أربع صحيح . ولمن مسها منهن صداقها فإن =

بند [134] القانون الفرنسي

قبل المشرعون عدم إلغاء الزواج لعدم إشهاره ، ولعدم إتمامه أمام الموظف استثناء من قاعدة الإلغاء العامة التي لا تغطى (لا تُصلَح) وذلك أنه متى تعاشر الزوجان معاشرة الأزواج وأصبحا أمام أعين الناس هكذا ، واعتبرتهما عائلتهما زوجين كذلك فليس لأحدهما طلب الفسخ ؛ ولكن لمن يهمه الأمر من العائلة أو من غيرها طلب الفسخ .

أمور خاصة بإلغاء الزواج لصغر السن :

أولًا – ليس لمن له على الزوجين أو أحدهما ولادة طلب إلغاء الزواج للصغر متى كانوا أذنوا به .

ثانيًا – هذا النقص يمكن إصلاحه إما ببلوغ السن زائدا ستة أشهر ،وإما بحمل الزوجة قبل هذه المدة ، فلا يحل إذًا الإلغاء [1] .

بند [135] التشريع الإسلامي

إشهار الزواج مستحب في التشريع الإسلامي . فقط يجب الإشهاد عند العقد في بعض المذاهب ، وعند مالك يستحب عند العقد أو يسن ويجب عند الدخول [2] ، فالتشريع الفرنسي أصلًا يبطل العقد بلا إشهار ، ولكن المشرعين أو

= دخل بهن فلهن خمسة أصدقة ، وبأربع فلهن أربعة أصدقة ، ولمن لم يدخل بها نصف صداق لأنها تدعي أنها ليست بخامسة ، وأن الخامسة إحدى المدخول بهن ويدعي الوارث أنها هي الخامسة فلا شيء لها فيقسم الصداق بينهما نصفين .

(1) انظر : البنود 181 ، 183 ، 185 ، 186 ، 196 ، 197 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 40 : 48 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 216/2 أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوب زائدًا على الواجب ، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب ، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبًا عند البناء .
وجاء في مواهب الجليل للحطاب 408/3 أنه يستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه . روى الترمذي والنسائي عنه عليه الصلاة والسلام قال : « أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف » .
* وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج 217/6 أنه لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ولو اتفاقا بأن يسمعا الإيجاب والقبول للخبر الصحيح « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل .
وجاء في بدائع الصنائع 376/2 وجوب الإشهاد في النكاح لصحته ، لما روي عن رسول الله ﷺ [لا نكاح إلا بشهود] ولقوله [لا نكاح إلا بشاهدين] وقال [الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة] ولو لم تكن الشهادة =

رجال التشريع من قضاة وأساتذة وجدوا مسايرة الزمن وقبلوا أن الزواج لا يلغى لعدم إشهاره ، وهذا ناتج من معاشرة الزوجين معاشرة الأزواج أمام أعين الناس؛ فليس لأحدهما طلب الفسخ بعد ذلك .

وهذا يشبه من بعض الوجوه في الشريعة ما إذا حضر غريبان عن البلد ، وتعاشرا كزوجين ووُلد لهما ، فمجرد الإقرار يكفي في إثبات الزوجية ، ولحوق الولد ، وثبت الميراث بينهما .

فإن كانا بلديين أو أحدهما بلديا والآخر طارئًا ، وأقرا في الصحة أو المرض أنهما زوجان متناكحان من غير أن يثبت بينهما نكاح ببيِّنة فلا تثبت الزوجية بينهما بمجرد هذا الإقرار إذا لم يطل زمنه قطعًا وإن ترتب عليه الميراث .

أما تزويج الصغير والصغيرة بمعرفة وليهما فليس للولي فسخ النكاح لوصف الصغر ؛ لأن ما تم من جهة شخص -وهو حائز لصفات عمله شرعًا - لا يجوز له نقضه ، فإن تزوج الصغير عن سن البلوغ -وهو يعقل العقود وما يترتب عليها - فالولي بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء رده كما يرى في مصلحة صغيره ؛ لأنه تصرف مالي بعوض ، فهو موقوف على الإذن من الولي أو الوصي ، فإن فسخه من له حق الفسخ شرعًا فلا مهر ولا عدة [1] .

ونكاح السر الذي تواطأ فيه الزوج وشاهدا العقد أو الولي والشاهدان على كتمانه وعدم الإخبار به يفسخ قبل الدخول ما لم يدخل ويَطُل ، وإلا فلا يفسخ ، والطول يحدد بالعرف ، وهو اشتهاره بين العام والخاص .

= شرطًا لم تكن زانية بدونها . ولأن الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود ؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود .

* وجاء في المغني لابن قدامة 450/6 أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . هذا المشهور عن أحمد ، فاعتبر الشهادة ركنا ، وروي ذلك عن عمر . وعلي ، وهو قول ابن عباس ... وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعله ابن عمر والحسن بن علي .

(1) جاء في الشرح الكبير 241/2 : ولوليِّ زوج صغيرٍ عقد لنفسه بغير إذن وليه فَسْخُ عقِده وإجازته ، لأن الشارع جعل له ذلك لينظر له في الأصلح ، فإن استوت المصلحة خير ، ولا مهر ولو أزال بكارتها إذا اختار الفسخ ، إذ وطؤه كالعدم . قال ابن عبد السلام : ينبغي أن يكون في البكر ما شانها ، ولا عدة عليها بخلاف ما لو مات قبل الفسخ فعليها عدة الوفاة ولو لم يدخل .

فإن تزوج الصبي ، وكان له ولي ، ولم يَرُدَّ الوليُّ نكاحه حتى بلغ انتقل حق النظر الذي كان للولي إليه ، فإن رأى مصلحة في إبقاء النكاح أبقاه وإن رأى ضررًا فسخه وإن استوت خُيِّر .

فإن زَوَّج أحد من عامة المسلمين يتيمة بدون إذن القاضي ، أو زَوَّج ولي أبعد لشريفة مع وجود ولي أقرب غير مجبر يفسخ النكاح إن لم يدخل ويطل لثلاث سنين أو تلد ولدين فأكثر فلا يجوز الفسخ ويثبت النكاح ، وهذا يشبه زواج الصغير في القانون الفرنسي الذي يغطى بستة أشهر بعد البلوغ أو بالحمل .

بند [136] ثالثًا : الإلغاء الخاص

القانون الفرنسي : خواصه أنه لا يمس الصالح العام بل جُعِل لحفظ حق شخص أو عائلة ، وينتج عن ذلك :

أولًا – ليس لكل شخص طلب إلغاء الزواج ، بل جعله القانون لأشخاص محدودين قانونًا ، لحماية القانون لهم فقط .

ثانيًا – هذا الإلغاء يمكن تغطيته (أي انتهاء الحق في الفسخ) فيصبح العقد صحيحًا بمضي الزمن .

ثالثًا – يمكن عدم الإلغاء بإصلاح المخالفة القانونية (1) .

وأسباب الإلغاء الخاص :

أولًا – أي نقص في إرادة أحد الزوجين .

ثانيًا – عدم الحصول على إرادة ورضاء الأقارب المنصوص عليهم قانونًا .

نقص إرادة أحد الزوجين :

1 – الإكراه ، وهو كل جبر أدبي أو مادي لسلب إرادته في التعاقد م 1111 إلى 1115 .

2 – الخطأ في الشخص بإحضار غير المعروف للطرف الآخر ، أو لاتخاذه صفة شخص آخر معروفة لم تكن له . فالخطأ في الصفة الشخصية وإن كان الشخص هو .

(1) انظر : بند 180 وبند 182 ، من الباب الرابع من الكتاب الخامس ، في تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 40 .

بند [137] التشريع الإسلامي

الإلغاء الخاص معناه الخيار للشخص الذي نُقِصَ من حق اشترَطَه أو لم تكن إرادته كاملة ، فهذا الخيار حق للشخص المعتدى عليه لا للمصلحة العامة ، فلا يهم أحدًا سوى الطرفين أو من يملك أمرهما من ولي أو وصي ، ولمن له الخيار في الفسخ أو الإبقاء استعمال هذا الحق أو تركه ، ومتى رضي به فقد ارتفع حق الخيار عنه ، وأصبح العقد لازمًا له ، ويرجع سبب الخيار لعدم تحقق شرط مقصود اشتراطه في العقد أو للافتيات على إرادة الطرفين أو أحدهما أي اغتصابها وسلبها ، وذلك : أولًا- الزوجة المجبرة من أب أو وصيه أو سيد لو عقد عليها وليها المجبر بدون إذنها فله ذلك ، وليس لها رده صغيرة أو كبيرة (كما تقدم) ، وكذلك الزوج المجبر كصبي ، أو مجنون أو عبد ، أو سفيه خيف عليه الزنا ، فلوليه المجبر تزويجه بغير إذنه ، وليس له رد النكاح بعد ذلك فلا خيار في حالة الجبر [1] .

ثانيًا – وإن كانت الزوجة غير مجبرة بكرًا أو ثيبًا وافتيت عليها ، أو افتيت على الزوج غير المجبر ، أو افتيت عليهما معًا ؛ فإن كان الافتيات عليهما معا فلابد من فسخ هذا النكاح مطلقًا سواء وجدت شروط المفتات عليها أم لا .

وإن كانت الزوجة هي المفتات عليها بأن عُقِد عليها بغير إذنها ، ثم وصلها الخبر فرضيت فلابد من رضاها بالقول ، ولو بكرًا بشرط قرب الرضا ، بأن يصل إليها الخبر في أقل من يوم وترضى واليوم بعدُ ، وبشرط أن تكون المفتات عليها بالبلد حال الافتيات والرضا ، ولم يقر وليها بالافتيات حال العقد بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته ، وبشرط عدم ردها قبل الرضا ، وإلا فلا عبرة برضاها بعد الرد [2] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 221/2 وما بعدها أن للأب الرشيد ولاية الإجبار ، ويزوج ابنته ولو لأعمى أو أقل حالًا ومآلًا منها أو قبيح منظر .... وليس ذلك لغيره كوصي . وله أن يجبر المجنونة المطيقة ولو ثيبًا أو ولدت الأولاد لا من تفيق فتنتظر إفاقتها إن كانت ثيبًا بالغًا وله كذلك جبر البكر ولو عانسًا بلغت ستين سنة أو أكثر ... وجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صغُرت .

(2) جاء في الشرح الكبير 228/2 أنه لا يصح لغير الأب إجبار المرأة في الزواج ، فإن زوجها غيره دون إذن منها كان مفتاتا ومتعديا ... ولا يكفي الصمت . ولكن يصح العقد حينئذ بشروط قرب رضاها ... وأن تكون التي افتيت عليها بالبلد حال الافتيات والرضا ... (ولم يقر) الولي بالافتيات (حال العقد) بأن سكت أو ادعى الإذن وكذبته وبقي شرط رابع وهو أن لا ترد قبل الرضا فإن ردت فلا عبرة برضاها بعده ، والافتيات =

وأما الخيار لفقد شرط اشترطه لمنفعته فذلك أن الزوج إذا اشترط أو وكيله السلامة من سواد ، أو قراع ، وعمى ، وعور ، وعرج ، وشلل ، وقَطْع ، وكثرة أكل ، أو نَتَن فم ، أو من كل ما يعد عيبًا عرفًا سواء عين ما اشترطه أو قال من كل عيب أو من العيوب فله الخيار في الرد والإمساك . ولو كان شرط السلامة بوصف الولي أو وصف غيره بحضرته وسكت ؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيبًا فله الخيار إن شَرَط البكارة ، ولو وجدها عجوزًا فانية فله الرد ، ومتى وجد ما يدل على الرضا عرفًا فلا رد (1) .

وأما الإكراه في العقود فلا يبطلها ، بل تقع صحيحة غير لازمة ، وتلحق الإجازة عقد الإكراه صريحة أو ضمنية . ويتحقق الإكراه بخوف مؤلم حالًا أو استقبالًا من قتل أو ضرب وإن قل ، وسجن ظلمًا ، أو صفع على قفا ، أو قتل ولد أو والد ، أو أخذ مال أو إتلافه ، فالإكراه منظور فيه للشرف والخسة بالنسبة للشخص المكره . ومضي المدة الطويلة لا يوجب لزوم عقد المكره فإن اختلفا في ذات العروس فقال الزوج : ليست هي ، وقال الولي : هي فيفسخ ويلزم نصف الصداق ، فإن دخلا لزمه الصداق كاملًا ، ومتى ثبت أنها غير المخطوبة لزمه الصداق ، ورجع به على من غره (2) .

بند [138] حق طلب الإلغاء

القانون الفرنسي : الحق في طلب الإلغاء لأحد الزوجين الذي وقع عليه الإكراه أو الذي أدخل عليه الخطأ فقط ، وليس لأحد آخر مهما كانت قرابته ، فنتج ما يأتي :

= على الزوج كالافتيات عليها في جميع ما مر . أما الافتيات عليهما معًا فلابد من فسخه مطلقًا .

(1) جاء في الشرح الكبير 280/2 وما بعدها أن الخيار ثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد وقرع وعمى وعور وعرج وشلل وقطع وكثرة أكل من كل ما يعد عيبًا عرفًا إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه أو قال من كل عيب أو من العيوب فإن لم يشترط السلامة فلا خيار .

(2) يختلف أثر الإكراه عند المالكية باختلاف المكره عليه : فإن كان المكره عليه عقدًا أو حلًا أو إقرارًا أو يمينًا لم يلزم المكره شيء ، ويكون الإكراه في ذلك بالتخويف بقتل أو ضرب مؤلم أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة على ملأ من الناس . وإن أجاز المكره (بفتح) شيئًا مما أكره عليه غير النكاح طائعًا بعد زوال الإكراه لزم على الأحسن ، وأما النكاح فلا تصح إجازته . الموسوعة الفقهية الكويتية والمراجع المثبتة فيها 108/6 .

أولًا – ليس لدائن مَنْ له الإلغاء مباشرة هذا الحق [1] .

ثانيًا – ليس لورثته طلب هذا الحق بعد وفاته ، فقط لهم الاستمرار فيما طلبه قبل وفاته .

تلاشي حق طلب الإلغاء :

أولًا – يتلاشى حق طلب الإلغاء بطريق الدلالة والمفهوم ، متى تعاشر الطرفان ستة أشهر بعد اكتشاف الخطأ أو وجود الإرادة كاملة ؛ لأن العشرة دليل الرضا .

ثانيًا – بمرور الزمن ، وفي ذلك ثلاث مذاهب :

1 – لا يسقط الحق بمضي الزمن ، بل يبقى كجميع حقوق الأحوال الشخصية .

2 – يسقط بمضي عشر سنوات ملحقًا بالإلغاء العام في العقود م 1304 .

3 – يسقط بمضي ثلاثين عامًا ككل العقود التي لم يُحَدَّد لها مدة أقل م 2262 .

بند [139] التشريع الإسلامي

الذي له حق الخيار (الإلغاء) هو من لحقه الضرر من الطرفين ، وليس لأحد غيره استعمال هذا الحق إلا من له الولاية عليه ، فلو استعمل حقه في الفسخ ومات قبل أن يتمه قامت ورثته بعده بهذا الحق فيتموه دون أن يبتدئوه . والمعاشرة دليل الرضا متى كان العرف يرى ذلك من غير تحديد مدة ، وبشرط أن يكون في وسع من لحقه الضرر إزالته عنه بلا لحوق ضرر آخر ؛ وإلا فلا تعد العشرة إذًا دليل الرضا .

والحق لا يسقط بمضي المدة في الأحوال الشخصية ، وكذا مع الإكراه ولو طال الزمن [2] .

بند [140] ثالثًا - عدم إذن الأقارب بالزواج

القانون الفرنسي : يجوز إلغاء الزواج إذا لم يوجد إذن الأقارب ، بشرط عدم بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الرشد وهو 21 سنة .

---

(1) انظر : البند 180 ، 185 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 45 : 46 .

(2) قاعدة : الحق لا يسقط بمضي المدة ، وكذا مع الإكراه ولو طال الزمن .

والذي يملك الإلغاء هو الذي لم يبلغ سن الرشد من الطرفين ، والأقارب الذين لم يأذنوا في إتمام عقد الزواج ، فيطلب الأب أولًا - إن وجد وأمكن قانونًا - وإلا فالأم ، وعند عدمها يطلب الأجداد والجدات ، ثم عند عدمهم فمن مجلس العائلة بواسطة الوصي ، وطلب الإلغاء قاصر على هؤلاء فلا يتعداهم للدائنين والورثة .

ولا يُقْبَل طلب الإلغاء ممن له الحق من الزوجين بمضي سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد ، وهذا لا يمنع الأقارب من حق طلب الإلغاء ويسقط حق الإلغاء . من الأقارب متى قبلوا الزواج بأي شكل ولو بكتاب عادي وإمضاء عادي أو بمضي سنة بعد علمهم به بدون طلب [1] .

بند [141] عدم الإذن من الأقارب

التشريع الإسلامي : إذن الولي المجبر ضروري ، فالزواج بدونه يُفْسَخ أبدا إلا إذا أجازه من يتولى أموره بأن فوض له التصرف في أموره ببيته فيمضي العقد إن لم يبعد بين العقد والإجازة ، فإن غاب الولي المجبر زوجها الحاكم إن بعدت الغيبة .

وللولي غير المجبر طلب الفسخ إذا زوَّج أحد العامة موليته الشريفة إلا إذا دخل بها الزوج وطال كثلاث سنين ، وصح العقد بولي أبعد مع وجود أقرب غير مجبر في شريفة ولا يُفْسَخ . والذي له الخيار في الفسخ والإبقاء هو صاحب الحق في الولاية في عقد النكاح أو أحد الطرفين الذي لحقه الضرر .

ومتى أذن صاحب الإذن فليس له حق الخيار بعد ذلك [2] .

بند [142] رابعًا - نتائج إلغاء الزواج

القانون الفرنسي : الزواج الذي يُلْغَى بقرار من المحكمة يعتبر كأن لم يكن إطلاقًا ، وما ترتب على وجوده يُمْحَى بخلاف الزواج المنحل بالموت أو الطلاق فلا

---

(1) انظر : البند 201 ، 202 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

(2) جاء في الشرح الكبير 226/2 أن النكاح يصح بالولاية العامة في تزويج امرأة عامية لا ولي لها كمسلمانية ومعتقة وفقيرة سوداء غير ذات نسب ولا حسب ... أما إن وجد الولي فإنه لا يجبرها ولو لم يدخل الزوج بها فإن وجد المولي المجبر ، وهو الأب ، لم يصح الإجبار بالولاية العامة . والشريفة ذات القدر من حسب وعلو نسب وجمال ومال .

نتائج له مستقبلة ، لكن يحفظ ما ترتب عليه أثناء وجوده إلى يوم انحلاله [1] .

وينتج عمليًا من انسحاب حكم إلغاء الزواج على الماضي ما يأتي :

أولًا – المرأة لا يمكنها ادعاء بطلان عقود عقدتها أثناء الزواج الملغى بدون إذن زوجها (لأنه شَرْطٌ في صحة تعاقد المرأة المتزوجة) .

ثانيًا – لا يمكن للزوجين الملغى زواجهما العمل بعقد ترتيب أملاكهما المحرر قبل الزواج ، فهو باطل لإلغاء الزواج .

ثالثًا – لا يُقْبَل من المرأة ادعاء رهن أملاك زوجها قانونًا نظير مهرها .

رابعًا – تحمل المرأة اسمها كما كانت آنسة بلا حق في حمل اسم زوجها بعد الإلغاء .

خامسًا – الأطفال الناتجون من هذا الزواج الملغى يعتبرون أطفالًا طبيعيين بغير نسب .

سادسًا – الأولاد المولودون للطرفين قبل هذا الزواج الملغى لا يصيرون أولادًا شرعيين بهذا الزواج اللاحق ، (لأن الزواج الصحيح اللاحق يصيِّر الأولاد السابقين من الزوجين قبل الزواج شرعيين) .

سابعًا – فك الوصاية الذي يمكن أن يكون قد تمتع به الزوجان وقت الزواج يعتبر كأن لم يكن بتاتًا .

بند [143] التشريع الإسلامي

النظر في بطلان الزواج أو فساده يرجع إلى فقده ركنًا من أركانه أو شرطًا من شروط صحته ، وحكم الحاكم مظهر لذلك لا موجد ، إذ لا يُفرَّق بين عقد الزواج الملغى بحكم ، أو عقد الزواج الذي تلاشى بموت أو طلاق فيما يترتب عليه من نتائج ، فلو تزوج رجل خامسةً ثم مات عنها ، أو تزوج خامسة ثم حكم القاضي ببطلان العقد فما يترتب على الحالة الأولى هو ما يترتب على الحالة الثانية شرعًا من عدم لحوق الولد متى علم الزوج بالحرمة ، ومن عدم التوارث ، وهو زنى فيه الحد ،

(1) انظر : بند 201 ، 202 في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 49 .

فإن كان الوطء بشبهة درأ الحد ولحق الولد بأبيه ، والزواج المتلاشي بالموت إذا كان صحيحًا مستوفيًا أركانه وشروطه أو المتلاشي بالطلاق مع صحته شرعًا تترتب عليه آثاره في الماضي إلى يوم الموت أو الطلاق [1] .

أما عقود المرأة بعد الزواج فلا علاقة لصحتها بالزواج ولا بالطلاق ، فهي حرة في تصرفها في أملاكها متى كانت عاقلة رشيدة ، والزواج لا علاقة له بمال الزوج ولا بمال الزوجة ، فبينهما انفصال تام في أملاكهما ، فلا رهن لها على أملاك زوجها ، ولا تحمل اسم زوجها ، فهي تدعى باسمها واسم أبيها وجدها متزوجة وغير متزوجة .

وأما الأولاد الناتجون من زواج باطل لعدم استيفاء أركانه أو فاسد لعدم استيفاء شروطه فلا يلحقون بأبيهم فهم أولاد زنى ، ولا ميراث بينهم كما سيأتي بيانه في محله [2] .

وأما الأولاد الناتجون من زواج فاسد مختلف في فساده فيلحقون بأبيهم ، وتكون نتائجه كنتائج الزواج الصحيح [3] .

---

(1) الركن عند المالكية ما تتوقف عليه حقيقة الشيء فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة . حاشية الدسوقي 220/2 .

* وقد نص الدردير على أن النكاح المتفق على فساده لغياب ركن من أركانه لا يكون فسخه طلاقًا بل يفسخ بلا طلاق وإن عبر فيه بالطلاق ، ولا يحتاج لحكم لعدم انعقاده ، ولا إرث فيه إن مات أحدهما قبل الفسخ . الشرح الكبير 240/2 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 240/2 أن العقد في النكاح المتفق على فساده لا ينشر الحرمة ، وإنما ينشرها الوطء إن درأ الحد كأن يجهل الحكم في الخامسة ، وأما لو علم الحكم كان زنا فيحد ولا يكون وطؤه ناشرًا للحرمة إذ لا يحرم بالزنا حلال على المعتمد .

* جاء في المنتقى للباجي 307/3 : قال ابن حبيب : وكل وطء حرام في هذا الباب أو غيره كان بنكاح ، شبهة أو جهالة ، فالحد فيه ساقط والولد فيه لاحق . وما كان يتعمد بغير وجه شبهة نكاح ولا ملك فالحد فيه واقع ، والولد ساقط . ومعنى ذلك عندي أن يتزوج وهو يعلم أن ما يعقده لا يستباح به البضع .

* وجاء في مواهب الجليل 417/3 أن من تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثًا ألبتة قبل أن تنكح زوجًا غيره أو أخته من الرضاعة أو النسب أو من ذوات محارمه عالمًا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد ؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب .

(3) قال اللخمي : إذا ثبت أنه عالم بالتحريم قبل النكاح حُدَّ ولم يلحق به الولد ، وإلا فإن لم يُعْلَم أنه كان عالمًا بالتحريم إلا بعد النكاح فإنه لا يحد ويلحق به الولد . مواهب الجليل 417/3 .

والأولاد الذين لا يستندون إلى عقد زواج صحيح (فراش صحيح) هم أولاد زنى سواء تزوج الزاني بمن أنجبت له هؤلاء الأطفال أم لا ، فالزواج اللاحق لا يصحح نسبهم إلا إذا أقر أنهم أبناؤه فيكون هذا استلحاقًا ، ومتى استوفى الإقرار بالبنوة شروطه وأركانه لحق الأولاد به سواء تزوج أمهم أم لا فلا علاقة بين الزواج اللاحق وشرعية الولد [1] .

ولا علاقة بين الزواج وفك الوصاية ، فزواج القاصر لا يفك وصايته ، فالوصاية هي على المال لا على النفس ، فلو تزوج وهو قاصر بقي قاصرًا حتى يبلغ سن الرشد أو يرشده وليه ، فإن فسد نكاحه لا يعيده قاصرًا ، ولا يؤثر عليه بشيء إلا إذا كان سفيها أو مبذرًا فيجوز الحجر عليه [2] .

بند [144] حصر نتائج الإلغاء في الماضي لحكم الإلغاء

القانون الفرنسي : لا يمكن تجاهل وجود معاشرة الرجل لزوجته معاشرة حسية فيترتب على ذلك ما يأتي :

أولًا – المرأة التي أُلْغِي زواجها لا تتزوج إلا بعد مضي عشرة أشهر (العدة) خوفًا من اختلاط الأنساب .

---

(1) جاء في المدونة 64/3 قلت : أرأيت لو أن رجلًا قال زنيت بهذه الأمة فجاءت بهذا الولد وهو مني فجلدته الحد مائة جلدة ثم اشترى الأمة وولدها أيثبت نسبه منه ويعتق عليه في قول مالك أم لا ؟ قال : لا يثبت نسبه منه ولا يعتق عليه عند مالك .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 296/3 أن الحجر على الصبي بالنسبة لنفسه لبلوغه فقط . أما الحجر عليه بالنسبة لماله فإنه يكون لبلوغه مع صيرورته حافظًا لماله بعد بلوغه ، وينفك الحجر عنه وإن لم يفكه أبوه عنه . قال ابن عاشر : يستثني منه إذا حجر الأب عليه في وقت يجوز له ذلك ، وهو عنوان البلوغ ، فإنه لا ينفك الحجر عنه وإن كان حافظًا للمال إلا لفك الأب .

* لكن الولي إذا لم يعلم بالنكاح ولا بالبيع حتى رشد المحجور فإن ذلك يمضي .

* ذات الأب أو الوصي والمقدم لا تخرج من حجر الأولياء الثلاثة إلا بشرطين : دخول الزوج بها ، وشهادة العدول على صلاح حالها وعلى هذا فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إلا بأمور أربعة : بلوغها ، وحسن تصرفها ، وشهادة العدول بذلك ، ودخول الزوج بها . وأما ذات الوصي والمقدم فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمور خمسة : البلوغ ، وحسن تصرفها ، وشهادة البينة بذلك ، ودخول الزوج بها ، وفك الوصي أو المقدم . فإن لم يفكا الحجر عنها كان تصرفها مردودًا ، ولو عنست أو دخل بها الزوج وطالت إقامتها عنده . حاشية الدسوقي 298/3 .

ثانيًا – الحياة العامة التي رتبت بين الرجل والمرأة فيما يختص بمصالحهما المالية تنظم حسب قاعدة شركة العمل .

الحكم الذي يصدر بناء على طلب إلغاء الزواج يكون خاصًا لا يتقيد به إلا الطرفان فقط ، فلو رُفِضَ الطلب ، وكان سبب الإلغاء عامًا فيجوز لمن يهمهم الأمر أن يقدموا طلبًا آخر لتحقيق الإلغاء ، فلا يمنع الفصل في الطلب الأول السير في الثاني .

مع العلم أن الحكم الذي يصدر بالإلغاء يكون عامًا يعارض به كل الناس [1] .

بند [145] التشريع الإسلامي

قد احتاط المشرع الإسلامي لنتائج الزواج الذي يُلْغَى ، فرتب عليه نتائج هامة :

أولًا – المرأة التي أُلْغِي نكاحها أو بطل نكاحها عليها العدة ، فلو تزوجت قبل انقضائها تأبد تحريمها على من تزوجها في عدة الغير ولو من نكاح فاسد متى دخل بها من فُسِخَ نكاحه ، وإلا فلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول .

ثانيًا – عقد النكاح الملغى إن كان مختلفًا في صحته وفساده – ولو في أي مذهب من مذاهب المسلمين – يكون من أثره التحريم لأم الزوجة والبنت والأخت إلخ المحرمات بالنسب السابق في المحرمات ، ويكون من آثاره الميراث (التوارث) بين الزوجين (إلا في نكاح المريض فلا ميراث) . وإن كان مختلفًا فيه إذا مات أحدهما قبل الفسخ ، ومن آثاره أن يكون فسخه بطلاق بمعنى أنه لو عاد الزوج فصحح أو حقق الشرط الذي بسببه أُلْغِي النكاح لنفس الزوجة التي أُلْغِي نكاحها أمسكها بطلقتين ؛ لأنه فسخ العقد الأول بطلاق فبقي له طلقتان . ومن آثاره أنه يلحق به ولد الفراش من هذا النكاح الفاسد متى جهل التحريم أو كان حديث عهد بالإسلام ؛ كمن تزوج بلا شاهدين ودخل من غير إشهاد أيضًا ، ولكن زواجه كان مشهورًا بنحو دف أو شهد عليه شاهد واحد أو امرأتان ، فإن الشهرة أو الشاهد الواحد يدرأ الحد ، ومتى دُرِئَ الحد ألحق الولد بالفراش (أي بالزوج) ، ويفسخ النكاح أبدا قبل الدخول وبعده ، فإن حد الزوجان لعدم فشو النكاح ولا

(1) انظر : بند 202 من الباب الرابع من الكتاب الخامس وبند 28 في الباب الثامن من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

شهادة أصلًا ، فالولد من زنى غير ثابت النسب [1] .

ثالثًا – أما عقد النكاح المتفق على فساده ففسخه بلا طلاق بل بالمتاركة ، ولا يحتاج لحكم حاكم إلا أن يتعاشر الزوجان حرامًا ، فمن باب إزالة المنكر يجب الرفع للحاكم ليفرق بينهما ويقيم الحد عليهما ، فلا ميراث بينهما لو مات أحدهما قبل التتارك ، ولا مهر إن لم يدخل فإن دخل فلها المهر ؛ لأن المهر يقابل التمتع بالبُضْع وقد حصل [2] .

فإن عقد على خامسة أو معتدة فالنكاح فاسد متفق على فساده . فإن دخل بالخامسة أو المعتدة مع علمه بذلك حُدَّ حد الزنى ، ولا يحرم به شيء من أصول أو فصول المعقود عليها ، فإن لم يعلم بالحرمة أو بالشخص نفسه فلا حد ، ويحصل التحريم ، ويلحق الولد .

والقاعدة أن كل عقد نكاح فسخ بعد الدخول ولو متفقا على فساده ولا يكون فساده إلا لعقده فقط أو لعقده وصداقه معًا ففيه المسمى إن كان وإلا فصداق

---

(1) ذهب المالكية إلى اشتراط تقدم الإشهاد لجواز الدخول ، ولو دخل قبل أن يُشْهِد حُدَّ ولابد من الفسخ وفيه أنه نكاح السر . قال في المقدمات : الإشهاد إنما يجب عند الدخول وليس من شروط صحة العقد ، فإن تزوج ولم يُشْهِد فنكاحه صحيح ، ويشهدان فيما يستقبل إلا أن يكونا قصد إلى الاستسرار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه لنهيه ﷺ عن نكاح السر ، ويؤمر أن يطلقها طلقة ثم يستأنف العقد ، فإن دخلا في الوجهتين جميعًا فرق بينهما وإن طال الزمان بطلقة ، لإقرارهما بالنكاح ، وحُدَّا إن أقرا بالوطء إلا أن يكون الدخول فاشيًا ، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدرأ الحد بالشبهة... وقول ابن رشد لإقرارهما بالنكاح تعليل لكونه يفرق بينهما بطلقة وتكون بائنة ، كما قال ابن الحاجب قال في التوضيح لأنه من الطلاق الحكمي . وقاعدة المذهب أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلاطلاق المولي والمعسر بالنفقة انتهى . مواهب الجليل 409/3 ، 410 .

(2) جاء في المقدمات لابن رشد أن النكاح المتفق على فساده مثل نكاح من لا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب أو رضاع ومثل نكاح المرأة في عدتها أو على ابنتها أو على أمها ... فهذا القسم يفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده ويكون فيه الصداق المسمى .

* واختلف في لزوم الطلاق وثبوت الميراث في الأنكحة الفاسدة على ثلاثة أقوال في المذهب وهي ثابتة في المدونة : أحدها أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالطلاق فيه ولا ميراث ، مثل نكاح الشغار ونكاح المحرم وما كان صداقه فاسدا فأدرك قبل الدخول .

* وكل نكاح اختلف في تحريمه إن غلبا على الفسخ فيه قبل الدخول وبعده ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده . المقدمات « كتاب طلاق السنة » 56/2 : 89 .

المثل ، ولا شيء من الصداق بالفسخ قبل الدخول سواء المختلف في فساده والمتفق عليه إلا في زوجة سُمي لها أقل من المهر الشرعي ، وإلا في الزوجين المتلاعنين ، وإلا في دعواه الرضاع فأنكرت فعليه نصف المسمى في الثلاث صور ، فإن دخل فالعدة من يوم الفسخ أو الطلاق [1] .

ومعلوم أن حق الله من طلب إزالة منكر أو إحقاق حق للمصلحة العامة لا يتقيد بشخص [2] ورفضه لعدم ثبوته لا يمنع من رفعه مرات أخرى ، والحكم فيه بالفسخ يعمل به ضد الكافة لا ضد العاقدين فقط .

بند [146] نظرية الزواج الفاسد

القانون الفرنسي : الزواج الفاسد هو الذي يحفظ نتائجه في الماضي التي نتجت عن وجوده ولو أنه ألغي ؛ لأن حسن النية كان متوفرًا عند أحد الطرفين أو هما معًا ، وشرطه الوحيد أن تتوفر حسن النية عند أحدهما أو عندهما معًا . ويوجد حسن النية عند حصول خطأ في الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعلمها ، أو ظن وفاة زوجته الغائبة فإذا هي تظهر حية ، أو جهل أن القانون يحرم بالقرابة والنسب . وحسن النية يجب وجوده وقت الزواج فإن امتد الزواج قبل إلغائه مدة حفظ نتائجه إلى يوم الإلغاء ، ودليل حسن النية يقدم دائمًا ممن يدعيه :

1 - فإذا كان حسن النية من الزوجين وجب حفظ ما نتج عن هذا الزواج إلى

(1) جاء في مقدمات ابن رشد : والفاسد ينقسم على ثلاثة أقسام نكاح فاسد لعقده ونكاح فاسد لصداقه ونكاح فاسد لشروط فاسدة اقترنت به ، فأما ما فسد لعقده فينقسم على قسمين : قسم متفق على فساده وقسم مختلف فيه فالمتفق على فساده مثل نكاح من لا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب أو رضاع ... فهذا القسم بفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده .

وأما ما فسد لصداقه مثل أن يتزوج الرجل المرأة بحرام مثل الخمرة ... وما أشبه ذلك فهذا القسم يفسخ فيه النكاح قبل الدخول ، ويصح بعده بصداق المثل . المقدمات 56/2 ، وقد استدل بعض المالكيين على أن النكاح لا يجوز بأقل من ثلاثة دراهم مقدمات 44/2 ، جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية : وكذلك النكاح الفاسد عند المالكية لوقوع صداقه أقل من الصداق الشرعي وامتنع الزوج من إتمامه (وهو ما يسمى بنكاح الدرهمين ، لأنهما أقل من الصداق الشرعي) ففيه نصف الدرهمين بفسخه قبل الدخول ، ومن ذلك ما إذا ادعى الزوج قبل الدخول رضاعًا محرمًا بلا بينة ، وكذبته الزوجة فإنه يفسخ وعليه نصف الصداق كما يقول المالكية . الموسوعة الفقهية الكويتية 122/8 .

(2) قاعدة : حق الله من طلب إزالة منكر أو إحقاق حق للمصلحة العامة لا يتقيد بشخص .

يوم الإلغاء سواء بالنسبة إلى الزوجين أو بالنسبة إلى ما رزقا من أولاد ، وبصدور قرار الإلغاء تقف نتائج هذا الزواج الفاسد نهائيًا وكأنه لم يكن .

2 - إذا كان حُسْن النية من أحد الزوجين تمتع حَسَنُ النية بنتائج الزواج في الماضي هو وأولاده ، ويحرم من التمتع بها الزوج سيئ النية ؛ فيرث حَسَنُ النية من أولاده كقريب شرعي ، وتعطى له حقوق الإشراف على تربية الأولاد دون سيئ النية فيحرم منها ، ويأخذ الزوج حسن النية هدايا الزوج الآخر ، ويتمتع بشروط عقد ترتيب الأموال بين الطرفين ، ويتمسك به دون سيئ النية ، وللزوج حسن النية طلب إلغاء عقد تنظيم الأموال وتنفيذ شروطه ، أو جعله كشركة عرفية له الحق في إلغائها متى شاء [1] .

بند [147] التشريع الإسلامي

الزواج الفاسد قد يحفظ نتائجه الماضية قبل الفسخ متى توفر حسن النية .

وشرطه الوحيد أن يكون هناك شبهة تدرأ الحد ، وذلك كحصول خطأ في الفعل أو جهل أو عدم معرفة كمن تزوج بنت أخيه ولا يعرفها ، أو ظن وفاة زوجته الغائبة فتزوج بأختها أو عمتها ، أو تزوج لتكون رابعة فظهرت زوجته الغائبة حية بعد ذلك ، أو جهل النصوص الشرعية في التحليل والتحريم كحديث عهد بالإسلام ، ففي هذه الصور هناك شبهة قوية تدرأ الحد فيثبت النسب .

يجب وجود الشبهة التي تثبت حسن النية في ابتداء العقد ودوام العشرة إلى وقت الفسخ ، فإن علم بالمفسد بعد الزواج حرمت عليه المعاشرة ووجب الطلاق ، فإن عاشرها بعد علمه وقبل الفسخ فإنه زان ويحد ، وولده لا نسب له الذي أتى به بعد العلم بالمفسد [2] .

---

(1) انظر : بند 201 ، 202 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 219/2 أنه لا يتأبد التحريم بعقد ولا بوطء مبتوتة قبل زوج ، ويحد إن كان قد تزوجها عالمًا بالتحريم ولا يلحق به الولد ، فإن تزوجها غير عالم بالتحريم فلا حد عليه ولحق به الولد ، فإن أقر بعد النكاح أنه كان عالمًا بالتحريم ولم يثبت ذلك بالبينة فإنه يحد لإقراره ، ويلحق به الولد لعدم ثبوت ذلك .

وجاء في الخرشي : أن النكاح الفاسد على ضربين : تارة يكون مختلفًا في فساده ، وتارة يكون مجمعًا على فساده ، فإن كان مختلفًا فيه كزواج محرم وشغار ونكاح العبد والمرأة فإن عقده ينشر حرمة المصاهرة ، وإن كان =

فتترتب على العقد الفاسد آثاره إلى وقت العلم بالمفسد بالنسبة للزوجين والأولاد ولو قبل الفسخ بالفعل ، ومتى ألغي العقد لفساده وقفت آثاره أيضًا [1] .

فإن تحقق حسن النية (وجود شبهة تدرأ الحد) من الطرفين فلا حد عليهما ، ويلحق بهما الولد ، وإن تحقق من أحدهما فقط كأن جهل الزوج موت زوجته وتزوج بأختها التي تعلم حياتها فهي زانية تحد ولا يُحَدُّ زوجها ، ولكن تحرم عليه أولاده منها لعلة (الفروع) ، ويلحق به الولد ، فإن علم هو وجهلت هي حُدَّ الزوج دونها ، ولا يلحق به الولد ؛ لأنه زنى ، وأما الولد فهو ابنها لا نزاع في ذلك حتى ولو من زنى ؛ فترثه ويرثها إلخ ، ومتى لحق الولد بأبيه كان للأب عليه حقوق الأبوة ، وللولد حقوق البنوة المقررة شرعًا .

وليس في الشريعة عقد ترتيب الأملاك ، فكل من الزوجين يحتفظ بجميع أملاكه وحريته في التصرف ، فلا شركة بين الزوجين في مال إطلاقًا بمقتضى عقد الزواج ، اللّهم إلا إذا أسسا شركة بينهما بعد أو قبل الزواج ؛ فتسري أحكام الشركات بينهما على عقد الشركة كالأجانب [2] .

بند [148] دليل الزواج

القانون الفرنسي : دليل الزواج : قاعدة عامة : لا يمكن لأحد المطالبة بالحقوق المدنية للزواج إلا إذا قدم إشهادًا قانونيًا بإشهار زواجه مسجلًا بسجل الأحوال الشخصية ، واستثناء من هذه القاعدة يمكن المطالبة بحقوق الزواج من غير إشهاد في ثلاثة أحوال :

= مجمعًا على فساده فلا يعتبر عقده في انتشار الحرمة ، وإنما ينشرها الوطء بشرط أن يدرأ الحد عن الواطىء كمن نكح معتدة أو محرمة برضاع غير عالم به ، أما إن علم حد في ذات المحرم والرضاع . الخرشي 209/3 .

(1) قاعدة : متى ألغي العقد لفساده وقفت آثاره أيضًا .

(2) جاء في المغني لابن قدامة 514/4 أن قوله تعالى ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ ظاهر في فك الحجر عن اليتامى واليتيمات وإطلاق حقهم جميعا في التصرف . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ولم يستفصل . وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن ؟ فقال « نعم » . ولم يذكر لهن اشتراط موافقة الزوج ، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشد جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه .

أولًا – في حالة عدم وجود سجل للأحوال الشخصية أو في حالة فقده يجوز إثبات الزوجية بشهود أو بدليل كتابي .

ثانيًا – المعاشرة الظاهرة أمام الناس حيث يُنْظَر إليهما كزوج وزوجة لا تكون دليلًا للزوجية مستقلًا ، بل تساعد على شرعيته كما في حالة عدم اختصاص الموظف المسجل لعقد الزواج ، أو في حالة عدم إعلان الزواج ، وتستعمل العشرة الظاهرة كدليل للولد على شرعية نسبه لوالديه بشروط :

1 – وفاة الزوجين أو وجودهما في حالة لا يمكن معها معرفة إشهاد الزواج .

2 – حينما يتصف الولد بصفة الولد الشرعي .

3 – اتصاف الولد بصفة الولد الشرعي يجب أن لا يتعارض مع شهادة الميلاد إذا كانت تحققت بواسطة القضاء .

ثالثًا إذا نتج عن عدم تحرير عقد الزواج في السجلات الخاصة بذلك حكم جنائي فتأمر المحكمة علاوة على ذلك بتسجيل عقد الزواج في السجل المعد لذلك [1] .

بند [149] التشريع الإسلامي

دليل الزواج : الزواج عقد ككل العقود يثبت بالإقرار من الزوجين ، وبالكتابة منهما أو من المنكر منهما ، وبالبينة الشرعية عدلين ذكرين حرين عاقلين إلخ مستوفيين شروط الشهادة الشرعية ، ويجوز إثبات الزوجية ولو ببينة السماع (**مالك**) ، أو الشهرة العامة لكل من رأى الزوجين متعاشرين معاشرة الأزواج [2] .

وقد رأى ولي الأمر أن عقد الزواج له خطره مما يترتب عليه من لحوق نسب

---

(1) انظر : البنود من 194 إلى 197 ، في الباب الرابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 47 ، 48 .

(2) جاء في الفروق للقرافي 55/4 أنه يجذر إثبات الزواج بالظن والسماع قال صاحب القبس : ما اتسع أحد في شهادة السماع كاتساع المالكية في مواطن كثيرة الحاضر منها على الخاطر خمسة وعشرون موضعًا ... الرضاع والنكاح والطلاق .... فهذه مواطن رأى الأصحاب أنها مواطن ضرورة فيجوز تحمل الشهادة بالظن . وجاء في الشرح الكبير للدردير 200/2 : الغالب في النكاح شهرته فلا يكاد يخفى على الأهل والجيران ، فالعجز عن إقامة الشاهدين فيه قرينة كذب المدعين . وقد اشترط المالكية أن يكون السماع فاشيًا مستفيضًا . الموسوعة الفقهية الكويتية 234/26 ، 235 .

وميراث وإلزام بحقوق الزوجية ؛ فمنع إثبات الزوجية بغير مؤيد لها رسمي كوثيقة زواج أو إشهاد شرعي بإقرار به أو اعتراف رسمي في قضية أو مستقلا أمام القاضي بالزوجية ، فلا يجوز للقاضي سماع دعوى الزوجية بدون مؤيد ، وليس معنى هذا أن الزوجية ليست ثابتة شرعًا ما دام القاضي لا يحل له قانونًا سماع الدعوى .

بل الزوجية ثابتة بين الزوجين تترتب عليها آثارها من حِلٍّ وحرمة وقيام بواجب الزوجية ، وحكم الحاكم أو عدم حكمه لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا ، وهذا من تطبيق القاعدة التي وضعها متأخرو المذاهب وجرى العمل عليها ، وهي (أن ولي الأمر له أن يخصص القضاء في الزمان والمكان والحادثة) [1] وليس لولي الأمر أن يحل حرامًا أو يحرم حلالًا (وهذا أمر خطير) ، ولكن مَنْع القضاء من النظر في إثبات الزوجية بالبينة يرجع إلى حوادث وقعت أمام القضاء الشرعي ، وكانت شائكة لشخصيات كبيرة ، وكان يكفي فيها البحث عن حالة الشهود بحثًا دقيقًا شرعيًا فتظهر الحقيقة وسواء أرضي المشهود عليه أم غضب ، كان صغيرًا أم كبيرًا ، حيث يجب أن يخضع الجميع بلا فارق لحكم الشرع والدين ، ولكن للأسف الشديد سُدَّ الباب ، غير أنه بالمقارنة بين إثبات الزواج بالبينة الشرعية وإثبات القتل بالبينة الشرعية – وقد يكون فيها الإعدام للقاتل – نجد الخطر أشد في إثبات القتل بالبينة ، ومع ذلك لا يزال سماع البينة في إثبات القتل موجودًا ، فإثبات الزوجية أولى بالبينة ، ففيه مصلحة كبيرة للهيأة الاجتماعية [2] .

---

(1) قاعدة : ولي الأمر له أن يخصص القضاء في الزمان والمكان والحادثة .

(2) جاء في الشرح الكبير 185/4 : إن حضر عدلان وقت القتل أو الجرح فالعبرة بشهادتهما .

نتيجة المقارنات من بند 113 إلى نهاية بند 149

يتفق التشريعان فيما يأتي : العدة ، إعلان الزواج (في الجملة) ، عقد الزواج نفسه ، المعارضة في الزواج (في الجملة) ، نتائج المعارضة في الزواج ، إلغاء الزواج ، مانع الزواج التحريمي ، مانع الزواج الملغى (في الجملة) ، الفسخ ، عدم الوجود ، الإلغاء العام ، الإلغاء الخاص ، الزواج الفاسد ، دليل الزواج .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : تحريم الزواج لقرابة التبني ، معافاة ممكنة من التحريم ، الإعلان عن الزواج ، الإعلان عن الزواج في القانون الدولي ، مانع الزواج التحريمي (في بعض صوره) ، نتائج إلغاء الزواج .

بند [150] الكتاب الثاني

نتائج الزواج

القانون الفرنسي : ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة .

أولًا – واجبات متقابلة بين الزوجين .

ثانيًا – خضوع المرأة إلى زوجها أو السلطة الشرعية للزواج .

ثالثًا – عدم أهلية المرأة المتزوجة (1) .

بند [151] القانون الروماني

يُنْظَر للزواج في القانون الروماني من ثلاث نواح (2) :

أولًا – بين الزوجين ، ففي الزواج مع سلطة الزوج تكون الزوجة كبنت العائلة وكأخت لأولادها ، وتنقطع كل علاقة وقرابة بين عائلتها الأولى وبينها ، وجميع أملاكها تكون ملكًا للزوج وما تملكه كذلك مدة الزوجية ، وعند موت زوجها ترث فيه كأحد أولاده لصلبه فتعد واحدًا منهم .

وأما الزواج بدون سلطة الزوج فتبقى المرأة تحت سلطة رئيس عائلتها الأولى ، وتبقى أجنبية من الزوج ومن عائلته ؛ فلا يملك عليها سلطانًا لا في أملاكها ولا في السكنى ، ولو كانت قاصرًا فوليها أو وصيها هو الذي كان قبل الزواج ، ولا تصبح رشيدة بالزواج بل تبقى كما هي ، كذلك أملاكها تبقى لها ملكيتها فلا حق للزوج في إدارتها ولا في التمتع بها سواء أكانت أملاكها وجدت قبل الزواج أو بعده ، ثم أعطي حق تملك المهر للزوج ، فإذا مات الزوج بقيت الزوجة بعيدة عن ملكه فلا ترث من ملكه شيئًا ، ثم أعطيت من تركته مثلما يعطى الزوج من تركتها .

ثانيًا – بين الزوجة وأولادها ، فإن كان الزواج مع السلطة اعتبرت الزوجة مع أولادها كأخت لهم ، وإن كان الزواج بغير سلطة اعتبرت الزوجة غريبة من

---

(1) انظر : البنود من 203 إلى 211 في الباب الخامس ، من الكتاب الخامس من تعريف القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 : 51 .

(2) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 20 – 24 .

أولادها فلا قرابة مدنية بينهم ، فأولادها تابعون لرئيس عائلة الزوج ، وهي لا زالت تابعة لرئيسها الذي كان قبل الزواج .

فلو ماتت أو مات أبناؤها فلا ميراث بينهم لعدم القرابة المدنية بينهم .

ثالثًا – بين الزوج وأولاده ، دائمًا الأولاد تحت سلطة أبيهم سواء أكان الزواج مع السلطة أم بدونها . أما زواج العبيد فهو جمعية بالفعل فقط بلا نتائج قانونية .

بند [152] التشريع الإسلامي

ينتج عن الزواج ثلاث نتائج هامة :

أولًا – حل التمتع لكل من الزوجين بالآخر بما أحله الله ﴿ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ (1) ، وحصول التحريم لأصول وفصول كلٍّ وما نص عليه فى آية ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ (2) إلخ وجواز العشرة بينهما أمام الناس بلا نكّير .

ثانيًا – واجبات متقابلة بين الزوجين .

ثالثًا – خضوع المرأة لزوجها أو وجود السلطة الشرعية للزوج .

وأما الزوجة فأهليتها قبل الزواج هي أهليتها بعده ، وإنما تمنع الزوجة من التبرع بما زاد على الثلث (3) في مذهب مالك . ولا تُمْنَع عن شيء إطلاقًا ما دامت رشيدة عاقلة بالغة رفعت (4) عنها الوصاية (مذهب أبى حنيفة) ، وسيأتي ذلك مفصلًا في محله (الحجر) .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 223 . (2) سورة النساء الآية رقم 23 .

(3) جاء في الخرشي 306/3 : أن الزوجة الحرة الرشيدة التي في العصمة لا الرجعية يحجر عليها زوجها ، ولو عبدًا ، في تبرع زاد على ثلثها . وكذا في الكفالة بزائد على ثلثها وسواء تكلفت بموسر أو معسر ، وإنما ذلك في الزوجة الحرة الرشيدة ، فإن لم تكن كذلك فالحجر للولي ولو في دون الثلث ... والظاهر أن الحاجر هو الزوج . واعترضه بعض الشيوخ بأن المناسب أن يقول : وحجر الشرع على الزوجة لزوجها .

(4) جاء في فتاوى قاضيخان أنه : « إذا كانت المرأة تحت زوج فاختلعت على مال فإن الطلاق يكون بائنًا لأنها من أهل الالتزام بالمال . وإن حاضت الجارية أو احتلم الغلام أو تأخر ذلك فاستكمل الغلام تسع عشرة سنة والجارية سبع عشرة سنة وأونس منهما الرشد واختبرا بالحفظ لأموالهما والصلاح في دينهما دفعت إليهما أموالهما . الفتاوى الهندية 61/5 .

بند [153] واجبات الزوجين المتقابلة

القانون الفرنسي :

أولًا – حفظ العرض وعدم خيانة أحدهما للآخر ، ويترتب على الخيانة في العرض الحكم المدني والجنائي الذي يمكن أن يصل في حق المرأة إلى سنتين سجنًا ، وحكم الرجل الزاني يختلف عن امرأته إذا زنت فيشترط في زنى الرجل أن يتكرر زناه في بيت الزوجية ويحكم عليه بغرامة فقط . وأما المرأة فهي معاقبة أنّى كانت وقت ارتكاب الجريمة ، وقد يصل سجنها إلى سنتين ؛ لأن زنا المرأة قد يخلط الأنساب بخلاف الرجل ، وهذا تعليل غريب [1] .

ثانيًا – واجب المساعدة في واجبات الحياة المعيشية ويظهر هذا في :

أولًا – عند انفصال الزوجين عن بعضهما اتفاقيًا أو قضائيًا ، فالزوج الذي في حاجة للنفقة يرفع للقضاء طالبًا تقدير نفقة شهرية يدفعها له الآخر متى كان في سعة .

ثانيًا – الزوج الباقي بعد وفاة الآخر يمكنه طلب نفقة من التركة المتوفى عنها في مدة سنة بشرط أن يكون محتاجًا ، وأن تكون العصمة باقية للوفاة حتى ولو بالتفريق فقط دون الطلاق ، ويُقَسَّم فرض النفقة بين الورثة كل حسب نصيبه في الميراث ، ويكون فرض النفقة خاضعًا للظروف المعيشية غلاء ورخصًا .

ثالثًا – العناية والعون الأدبي ، وينحصر الواجب في هذا على العناية الشخصية بالزوج المريض أو العاجز عن العمل وعلى المساعدة الأدبية بأن يكون عضدًا له في مختلف مخاطر الحياة ، فإذا أهمل الزوج الصحيح هذا الواجب كان تحقيرًا شديدًا للمريض ، وكان سببًا للطلاق أو التفريق الجسماني .

رابعًا – المساكنة والمعاشرة ، وهي وجوب سكنى الزوجة مع زوجها في أي محل يحبه ويرى فيه مصلحته ، ويجب عليه قبولها معه وتوفير واجبات الحياة لها حسب طاقته ، وطريق تنفيذ هذا الواجب هو :

أولًا – حفظ أو حجز إيراداتها أو الحكم عليها بغرامة يومية ما دامت بعيدة عن

---

(1) انظر : بند 203 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ، وكذا البنود من 212 إلى 214 في الباب السادس من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 49 : 51 .

بيت الزوجية .

ثانيًا – الحكم على الزوج بفرض نفقة لها أو الحكم عليه بتعويض عند رفضه عشرة زوجته ، وينقطع واجب المساكنة والمعاشرة متى صدر قرار قضائي بالتفرقة الجسمانية أو كان الزوج يعامل زوجته معاملة سيئة وكان يجعل إقامتها معه غير ممكنة من شكل حياته معها .

بند [154] التشريع الإسلامي

حفظ العرض وعدم خيانة أحد الزوجين واجب مقدس ، بل والواجب على كل مسلم متزوج وغير متزوج ذكرًا وأنثى عدم الزنا . ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ (1) ، ويترتب على الخيانة في العرض (الزنا) أحد أمرين :

أولًا – متى ثبت الزنا بإقرار أو بشهادة أربعة شهود عدول ، رأوا المرود في المكحلة بشروط شهادة الزنا وأركان ثبوته (راجع الحدود في الزنا) أقيم الحد على الزاني منهما بلا فرق بين الذكر والأنثى وهو الرجم حتى يموت (2) .

ثانيًا – إذا رأى الزوج فقط ، أو اعتمد على شهادة عدول دون الأربعة ، أو علم بما لا يدع مجالًا للشك في خيانة الزوجة فله أن يطلقها من غير فضيحة وهو أولى ، وله أن يلاعنها بأن يشهد أربع مرات أنه رآها تزني وأنه صادق . والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين . ثم تشهد هي أربع مرات (أشهد باللّه ما رآني أزني ، وإنه لكاذب) . والخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين . (يراجع باب اللعان) (3) .

---

(1) سورة الإسراء الآية رقم 32 .

(2) جاء في الخرشي 198/7 وما بعدها أن الشهادة على فعل الزنا وعلى فعل اللواط لا تثبت إلا بأربعة عدول لقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡ ﴾ ... شريطة أن يشهدوا بزنا واحد في وقت واحد في موضع واحد ويذكروا اتحاد وقت الرؤيا للقاضي وإن اختلفوا في وقت الرؤيا بطلت شهادتهم ... وأنه أدخل فرجه في فرجها . يعني أن شهود الزنا لا بد أن يشهدوا في وقت واحد بزنا واحد برؤية واحدة وأنه أدخل فرجه في فرج المرأة كالمرود في المكحلة في البكر والثيب . ويثبت بإقراره مرة إلا أن يرجع مطلقًا أو يهرب وإن في الحد .... قال ابن عرفة نصوص المدونة وغيرها واضحة بحد المقر بالزنا طوعًا ولو مرة واحدة وفي الصحيح اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فأمر بها فرجمت .

(3) جاء في الشرح الكبير 466/2 : وإن شهد الزوج مع ثلاثة بزنا زوجته التعن الزوج ثم التعنت بعده وفرق بينهما وحد الثلاثة لعدم الاعتداد بشهادة الزوج إلا أن (يظهر حمل) بها مع إنكاره الوطء ولم تعلم خلوه ولم =

ومتى تم التلاعن فسخ النكاح ؛ وحرما على بعضهما مؤبدًا ؛ ونفي الولد والحمل [1] ؛ وسقط الحد ، وهذا هو العدل السماوي بالتسوية في الحكم حتى تنتفي العلة ، وهو أن الزنا خلط في الأنساب من الرجل ومن المرأة ، ولا يمكن لعاقل أن يقول : إن التشريع الوضعي قد أنصف المرأة بعد هذا ، ولكن هي أنانية الرجل يشرع لنفسه حسب ما تهوى ، والله المشرع الحكيم يشرع لمصلحة المجتمع ولا ينشد إلا العدل المطلق ، فيجب للزوج على زوجته الأمانة في عرضها وفي ماله ، وعلى الزوج حفظ عرضها ، وعلى الزوجة الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش له ولها فقط واستيفاء ما جرت به العادة .

واجب المساعدة بين الزوجين ينحصر في أن الزوجة عليها الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش واستيفاء ما جرى به العرف ، وفي أن الزوج ينفق على بيته وزوجته وأولاده حسب وسعه ومقدرته ، وليس على المرأة إنفاق على الزوج ولا في المنزل ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ ﴾ [2] ، فالتشريع السماوي يوجب الإنفاق على الزوج ليكون زوجًا موفور الكرامة مرفوع الرأس ، فيجب للزوجة المطيقة الممكنة على البالغ قوت وإدام وكسوة ومسكن باعتبار حالهما ، فإن اختلفا يسارًا وإعسارًا فنفقة الوسط فيفعل ما يراه صالحًا لزوجته ومنزله ، فإن فرضنا على الزوجة الإنفاق كان لها الرأي أو على الأقل بقدر ما تنفق فتتصرف كما تشاء ، فيفسد المجتمع من جميع نواحيه أخلاقيًا وأدبيًا .

ويرى التشريع الوضعي أن الزواج جمعية من شخصين ومن مال ، ويريد بذلك الوصول إلى عدم الطلاق والمعاشرة حتى الممات ، وهو مخالف للخلقة البشرية وسالب للحرية الشخصية . وأما التشريع الإسلامي فقد قدس الحرية الشخصية للمرأة فجعل للزوج سلطة مقدرة بقدر معين على زوجته بحيث لا يتعدى ما يشمله عقد الزواج ، وترك للمرأة حرية التصرف فيما تملك ، وقد أخذ المتشرعون الوضعيون

= ينفه بلعان . فإن طلقها اعتدت بوضعه وإن لاعن استبرأت بوضعه على كل حال ، لكن فيما إذا لم ينفه وأطلق يسمى عدة ويترتب عليه أحكام العدة من توارث ورجعة ونفقة ، بخلاف ما إذا أنفاه بلعان فإنه يسمى استبراء ولا يترتب عليه ما ذكر .

(1) قاعدة : متى تم التلاعن فسخ النكاح ، وحرما على بعضهما مؤبدًا ونفي الولد والحمل .

(2) سورة النساء الآية رقم 34 .

يعودون شيئًا فشيئًا للزواج الحر مع انفصال الأموال واحتفاظ كل من الزوجين بماله وهي نظرية الشريعة السماوية . يجب على الزوجين أن يتعاونا لمغالبة الأحداث وتأسيس عائلة على وفاق وحب كل فيما تخصص له ، فعلى الزوجة العناية بمصلحة زوجها الداخلية وصحته حتى يكون قادرًا على كسب قوتهما وعدم التبذير والإسراف فيما وكله الزوج إليها للنفقة على البيت ، وعلى الزوج أن يحسن عشرتها فلا يسيء إليها ولا يعاملها بقسوة ، ويعتني بها إذا مرضت (ونفقة الطبيب والدواء من مالها إن كانت موسرة) وقيل : على الزوج الموسر ، وقيل : لا يلزمه شيء ، وقيل : يلزمه بقدر فرق نفقتها حال المرض ، والأولى في ذلك العرف ، وهو على الموسر إن كانت فقيرة وإلا ففي مالها ، فإن ضارها الزوج بما لا يُحتمل الإقامة معه أو أساء إليها في معاشرتها فلها طلب الطلاق ، فإن طلق الزوج فَبِها ، وإلا رفعت أمرها للقاضي ، ومتى ثبت مضاربته لها طلق عليه ﴿ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾ [1] ، وإن أساءت إليه في عشرتها ، وعجز عن تقويمها بالنصح ثم بالهجر إلخ طلقها ، ولا تفريق جسماني في الإسلام بدلًا عن الطلاق . فعلى الزوج دفع الضرر عن زوجته ، وعليها طاعته في حقوقه الشرعية .

يجب على الزوج إسكان زوجته ، ويجب عليها السكنى مع زوجها في مسكن واحد ، وعليه القيام بكفايتها الشرعية بقدر حالهما ، ويجب على الزوجة طاعة زوجها والسكنى معه ، وليس لها الخروج إلا بإذنه ، ولا تجب عليها السكنى مع أقاربه ، ولا طاعته إذا لم يدفع لها المعجل من صداقها ، ولا الانتقال معه لأزيد من مسافة القصر ، وهو 82 كيلو متر ، وعليها الانتقال معه لبلد آخر متى كان السفر مأمونًا وموضع الإقامة مأمونًا ، وكون الزوج نفسه مأمونًا أي غير معروف بالأذى ، وكونه حرًا ، والبلد المنتقل إليها قريبة بحيث لا تخفى على الزوجة أخبار أهلها ، وأن تقام في البلد المنتقل إليها الأحكام ، ولهذا :

أولًا – متى امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته أو إسكانها أو كسوتها طالبت بفرض نفقة تشمل كل هذه الأنواع؛ فيُحْكم لها متى ثبت امتناع الزوج ، وينفذ الحكم على أمواله ، ويحبس في دين النفقة بشرط أن تكون مطيعة لزوجها غير ممتنعة عن معاشرته إلا بحق مخول لها شرعًا .

---

(1) سورة البقرة الآية رقم 229 .

ثانيًا – بما أن النفقة جزاء الاحتباس فإذا لم تدخل الزوجة طاعة زوجها تبطل نفقتها ؛ وتعتبر ناشزًا .

ثالثًا – إذا امتنعت الزوجة عن مساكنة زوجها لغير سبب شرعي ورفع الأمر للقاضي وجب عليه الحكم للزوج على زوجته بطاعتها له في المحل الذي عينه في دعواه متى استوفت الدعوى شروطها وصحت أدلتها ، وينفذ الحكم بالقهر عليها أيًّا كانت .

ولا يجبر الزوج على معاشرة زوجته ومساكنتها ، فإن تضررت من ذلك الزوجة طلبت طلاقها لما لحقها أو يلحقها من الضرر . وينقطع واجب المساكنة متى طلقها الزوج أو ألحق بها ضررًا لا تطيق الإقامة معه ، ولا تتحقق العشرة الواجبة بين الزوجين ، ولها إذًا أن تطلب الطلاق منه .

بند [155] السلطة الزوجية

القانون الفرنسي : السلطة الزوجية تتحقق في الزواج بأن يكون الزوج رئيسًا للعائلة ، وتكون المرأة خاضعة لزوجها في شخصها ومالها وتنحصر في :

1 – عدم أهلية المرأة المتزوجة للتعاقد بدون إذن ومساعدة زوجها .

2 – تملك المرأة جنسية زوجها بالزواج .

3 – وحدة محل إقامة الزوجية ، فمحل إقامة الزوجة القانوني هو منزل الزوجية .

4 – حق الزوج في ملاحظة علاقات امرأته ، وما يرد إليها وما ترسله من الخطابات للغير .

5 – تسلط الزوج على إدارة أموالهما العامة وأملاك الزوجة في غالب أقسام الزواج ، وليس من حق الزوج تأديب زوجته مطلقًا ، حيث إنه يملك طلب التفريق والطلاق إذا كان عنده من الأسباب ما يبرر ذلك ، ولا يجوز البيع بين الزوجين ، وليس لأحدهما الرجوع فيما وهبه للآخر ، ولا عقد شركة أيًّا كان نوعها بعد عقد الزواج وتسجيل عقد ترتيب أملاكهما [1] .

---

(1) انظر : البنود 214 ، 215 ، 217 ، 223 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 : 53 .

بند [156] التشريع الإسلامي

السلطة الزوجية تتحقق في الزواج بأن يكون الزوج رئيسًا للعائلة ، وأن تكون الزوجة خاضعة لزوجها في شخصها فقط ، ولا شأن له في مالها إطلاقًا عند أبي حنيفة ، أو فيما قل عن الثلث في التبرع في مذهب مالك .

والمرأة المتزوجة لها الأهلية الشرعية في جميع أنواع التصرفات والعقود ما دامت غير محجور عليها وبالغة عاقلة رشيدة (فقط تمنع من التبرع بأزيد من ثلث مالها عند الإمام مالك) [1] وعند أبي حنيفة لا تتقيد بشيء ، وتملك جنسية زِوجها فإن كانت حربية وتزوجت بذمي فهي في حكم الذمية إلخ ، يصح أن يكون محلها الشرعي هو محل إقامة الزوج متى كانت معه ، فإن اشترطت عدم نقلها من بلدها أو بقيت بالفعل فمحل إقامتها هو محل وجودها بالفعل ؛ لأن لها اشتراط مثل هذا الشرط ؛ لأنه لا يتعارض مع المراد من الزواج ، وفيه مصلحة ملحوظة لها [2]

---

(1) جاء في الشرح الكبير 307/3 وما بعدها : أن للزوج الحجر على الزوجة الحرة الرشيدة فيما زاد على الثلث من أنواع التبرعات ، ولو كان الزوج عبدًا ؛ لأن الغرض من مالها التجمل به ، والزوج ولو عبدًا له الحق في التجمل من مالها دون سيده في تبرع زاد على ثلثها .

(2) جاء في المدونة 160/2 : « قلت : أرأيت إن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرّى أيفسخ هذا النكاح وفيه هذا الشرط ... قال مالك : النكاح جائز والشرط باطل (قلت) لم أجاز مالك هذا النكاح وفيه هذا الشرط (قال) قال مالك أجازه سعيد بن المسيب وغير واحد من أهل العلم وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النكاح . وقد روى الليث بن سعد وعمر بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد الله بن السباق أن رجلا تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب فشرط لها أن لا يخرجها من أرضها فوضع عنه عمر الشرط وقال : المرأة مع زوجها ، وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النكاح » .

وفي المغني لابن قدامة : أن الشروط في النكاح تنقسم أقسامًا ثلاثة : أحدها ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها ولا بلدها ولا يسافر بها أولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي قال أبو حنيفة والشافعي : يفسد المهر دون العقد لها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ [كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط] وهذا ليس في كتاب الله ولأن الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ : [المسلمون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا] وهذا يحرم الحلال وهو التزوج والتسري والسفر . المغني 548/6 ، 549 .

ومن الواضح من هذا أن الحنابلة يتوسعون في تصحيح الشروط المقترنة بعقد الزواج وهو ما انتهى إليه المتأخرون من فقهاء الأحناف ، حيث أخذوا بتصحيح الشروط المقترنة بعقود الزواج إذا جرى بها العرف . وطبقا لذلك فإن ما قبله العرف من الشروط يعد من الشروط الصحيحة التي يلزم الزوج الوفاء بها .

(مالك وابن حنبل) وللزوج ملاحظة زوجته في كل شيء له علاقة بشخصها ، وله منعها من الخروج للزيارات والاختلاط ومن المراسلات لمن لا يحب ، ويجب على الزوجة عدم السماح لأحد بالدخول لمنزل الزوجية ما دام زوجها غائبًا .

ولا يملك الزوج بالزواج أي شيء من أملاك زوجته حتى ولا إدارتها ، ولها أن توكل غيره في جميع شئونها ما دام لم يمس عرضها ، ولا حقَّ زوْجِها بشيء ، كمَحْرم أو شيخ فان إلخ .

وللزوج حق التأديب على زوجته ، فإن خالفته فيما يرى أنه حق مقرر شرعًا له كأن عصته في الفراش ، أو أدخلت من لا يريده زوجها ، أو خرجت بغير إذن لفسحة أو ملاهي فله وعظها أولًا بالحسنى وبيان المضار الناتجة عن هذا العمل ، وأنه لا يرضيه بل يؤلمه ، فإن لم ترجع هجرها في المضجع كما يرى من المدة بحيث لا يزيد عن أربعة أشهر ، فإن لم ترجع ضربها تأديبًا بما لا يكسر عظمًا ولا يهشم لحمًا ولا يترك أثرًا ، فإن لم يفد بعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها يتحسسان أوجه الخلاف ويقضيان بما يريانه ، وعلى القاضي إنفاذ حكمهما ، وله الطلاق كما يرى قبل كل هذا ، ولها الطلاق متى كانت العصمة في يدها كما يأتي حكمه وبيانه في (كتاب الطلاق) [1] .

ويجوز البيع بين الزوجين فهما كأجنبيين في الأملاك ، ولهما عقد شركة بينهما كما يريان مصلحة لهما من أي نوع من أنواع الشركات . وليس لأحد الزوجين الرجوع في هبته للزوج الآخر متى وقعت الهبة صحيحة لازمة إلا إذا اشترطت ذلك عليه لأنها للصلة والحنان . بل والرجوع في الهبة [2] ممنوع شرعًا للحديث (الراجع في هبته كالكلب الراجع في قيئه) [3] على تفصيل وشروط في باب الهبة فليرجع إليه .

---

(1) جاء في المدونة 125/2 : (قلت) أرأيت إن ملكها أمرها فقالت قد قبلت نفسي (قال) قال مالك هي البتة إلا أن يناكرها الزوج (قلت) فما فرق ما بين قد قبلت أمري وقبلت نفسي (قال) لأن قولها قد قبلت أمري إنما قبلت ما جعل لها من الطلاق ، فتُسْئَلُ عن ذلك كم طلقت نفسها وللزوج أن يناكرها في أكثر من تطليقة إن كانت أرادت بقولها قبلت أمري الطلاق ، وإذا قالت قد قبلت نفسي فقد بينت أنها قبلت جميع الطلاق حين قبلت نفسها فهي ثلاث إلا أن يناكرها الزوج ولا يحتاج ههنا إلى أن تسئل المرأة كم أرادت من الطلاق لأنها قد بينت في قولها قد قبلت نفسي .

(2) جاء في شرح الزرقاني على موطأ مالك : (مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المزي : أن عمر بن الخطاب قال : « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها » . أي لا يجوز له ذلك ولا يعمل برجوعه . شرح الزرقاني 46/4 .

(3) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال النبي ﷺ [ليس لنا مَثَلُ السَّوْءِ . الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في =

بند [157] عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسي : عدم أهلية المرأة يكون في أن المرأة المتزوجة لا تباشر عقودًا مدنية بدون إذن زوجها ، والمرأة الخالية من الزواج هي والرجل سواء ، وذلك لاعتبار الزواج شركة وأن الزوج رئيسها ؛ فوُضِعَت المرأة في المكان الثاني كشريك فقط ، وقد نتج عن عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتي [1] :

أولًا – أي عقد يصدر من الزوجة لا يكون صحيحًا إلا بإذن الزوج .

ثانيًا – إذا رفض الزوج إجازة أي عقد صدر عن زوجته فليس لأي سلطة إجازة ذلك .

ثالثًا – عند عدم أهلية الزوج أو غيابه فلا تحتاج زوجته لإذن أحد (أخذًا من أنه إذا غاب الرئيس حل محله من يليه) .

رابعًا – المرأة المتزوجة التي أذن لها زوجها في التجارة تجبر مال الزوجين ، وتجبر مال الزوج في الضمان عند الخسارة .

خامسًا – إذا صدر عن المرأة المتزوجة أي عقد فهو باطل في حق الزوج الذي له وحده حق طلب إلغائه ، وللمتعاقد معها طلب تنفيذ ما اتفقا عليه في هذا العقد بعد انحلال الزوجية .

وقد بُنِيَت عدم أهلية المرأة في القانون على :

أولًا – حماية المرأة بسبب عدم أهليتها الطبيعية .

ثانيًا – أن هذه نتيجة لسلطة الرجل الزوجية .

بند [158] التشريع الإسلامي

المرأة الحرة الرشيدة البالغة العاقلة حرة في التصرف في أموالها بسائر أنواع العقود الموجبة والسالبة (ما عدا تبرعها بما زاد على ثلث أموالها إذا كانت متزوجة) [2]

= قيئه] أخرجه البخاري ك . الهبات . ب 3 لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته .

* عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : [العائد في هبته كالكلب يعودُ في قيئه] أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الهبات ، باب الرجوع في الهبة ، حديث رقم (2386) 797/2 ط . الحلبي 254 .

(1) انظر : بند 217 ، 219 ، 220 ، 222 ، 224 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 52 ، 53 .

(2) جاء في الشرح الكبير للدردير 307/3 وما بعدها أن للزوج الحجر على زوجته : فيما زاد على الثلث من أنواع التبرعات فقال وحجر على الزوجة الحرة الرشيدة ،... لزوجها البالغ الرشيد أو ولي السفيه .... وفي =

بكرًا أو ثيبًا متزوجة أم لا ، ولا علاقة بين زواج المرأة ومالها إطلاقًا فلها البيع والشراء والرهن والتجارة (إلا إذا خرجت لمباشرتها فتضيع حق زوجها أو يلحقه ضرر أدبي أو مادي فله منعها وليس لأحد غيره أن يأذن لها في ذلك أو يرفض) ، والمرأة المتزوجة ملزمة بعقودها كأي شخص يتعاقد مستوفيًا للشروط الشرعية . وعدم أهلية المرأة الطبيعية الناتجة عن أصل خلقتها (من طمث وحمل وولادة وإرضاع إلخ) لا يجعلها أهلًا لتولي الوظائف العامة كالقضاء والنيابة [1] والسعي على تحصيل الرزق ما دام متوافرًا لها من زوجها . وقد نظر الشرع الإسلامي إلى ضعف المرأة من هذه الناحية الخلقية فأجاز شهادتها مع أخرى في المال مكان رجل ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ [2] أو شهادتها في مكان تطلع عليها دون الرجال كالولادة والحيض [3] إلخ . وإلا لو نسبنا عدم الأهلية للمرأة إلى عدم أهليتها الطبيعية لكانت المرأة غير أهل متزوجة وغير متزوجة ، لهذا كانت القوانين الوضعية قتلًا للمرأة وإهدارًا لشخصيتها الشرعية في زوجها ولولا الطبيعة البشرية في المرأة لأن تكون أما تجبرها للافتراش للرجل والله ما فكرت إطلاقًا في الزواج الذي يسلبها نعمة الأهلية الشرعية ولهذا أخذت المفكرات من النساء يُحْجِمن عن الزواج إبقاء لشخصياتهن وحفظًا لكرامتهن من هذا التشريع

إقراضها أي دفعها مالًا قرضًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذن زوجها رد ذلك ، ومنعه لأنه معروف كالهبة ولأنها قد تخرج لمطالبتها به ، وهو الأظهر ، وأما دفعها مالا قراضًا لعامل فليس فيه قولان ، لأنه من التجارة وهو جائز .

(1) لا خلاف بين الأصوليين على أن الحيض لا يعدم أهلية الوجوب ، ولا أهلية الأداء ، لعدم إخلاله بالذمة ولا بالعقل ، والتمييز ، وقدرة البدن . فالمرأة الحائض كاملة الأهلية ، وإن كان الشارع قد رتب على الحيض بعض الاحكام الخاصة التي تتناسب وحالة المرأة . وقد نص فقهاء المالكية على اشتراط الذكورة والعدالة في تولي منصب القضاء فالخنثى المشكل حكمه حكم المرأة . الخرشي 138/7 ، 139 وجاء في حاشية الدسوقي 129/4 لا أنثى ولا خنثى ، أي فلا يصح توليتهما للقضاء ولا ينفذ حكمها .

(2) سورة البقرة الآية رقم 282 .

(3) جاء في الشرح الكبير للدردير 187/4 وما بعدها في حكم شهادة المرأة ، وأحوال هذه الشهادة ، فذكر أن امرأتين تشهدان مع العدل ، أما إذا كان المشهود به مما لا يظهر للرجال فتكفي امرأتان عدلتان كولادة شهدتا بها ولو لم يحضر شخص المولود (وعيب فرج) في أمة اختلف فيه البائع والمشتري كحرة ادعاه زوجها وأنكرت ورضيت برؤية المرأتين ... واستهلال مولود وحيض ونكاح بعد موت .

الوضعي ولكن انظر تشريع الحكيم الخبير الذي أعطى للمرأة ما تستحق ، ولم يجعل للرجل عليها سلطانًا إلا في حدود مقتضى عقد الزواج وهو المحافظة على ذاتها الشخصية وحقوق الزوج في ذلك من قرب أو بعد ، وليس بعد ذلك إنصاف ولا عدل فليطلع المتفرنجون والمتفرنجات على هذا التشريع الحكيم وكفى .

بند [159] ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة

القانون الفرنسي :

أولًا – لا يجوز للمرأة المتزوجة الحضور أمام القضاء لا مدعية ولا مدعى عليها بدون إذن زوجها إلا في :

1 – دعوى النيابة العامة فيما ارتكبته الزوجة من جنح أو جنايات أو مخالفة ولو تبع هذا الحق المدني فلا تحتاج لإذن زوجها ، وأما دعوى التعويض الأساسية فلا بد من إذن الزوج فيها .

2 – فيما حماها قانون سنة 1907 في المحافظة على مكسبها من عملها فتدعى ويدعى عليها فيه بدون إذن زوجها .

3 – فيما حماها قانون سنة 1909 في المحافظة على أملاك العائلة غير القابلة للحجز عليها فلا تحتاج لإذن زوجها .

ثانيًا – لا يجوز لها الهبة لأحياء ، ولا يجوز لها التملك بدون عوض كهبة أو وصية لها من الغير .

ثالثًا – لا يجوز لها التمليك نظير مقابل كبيع أو مقايضة أو ترتيب حقوق عينية على عقار ، ولا يجوز لها عقد رهن ؛ لأن من يملك البيع يملك الرهن ، ولا يجوز التملك لها بعوض كمشترى .

رابعًا – لا يجوز لها أن تلزم نفسها بالوفاء في أي عقد إلا إذا كانت تاجرة فلها ذلك فيما يختص بالتجارة ، ولا يجوز لها أن تشتغل في مهنة أيًا كانت بدون إذن زوجها كتاجرة أو ممثلة أو محامية (1) .

---

(1) انظر : البنود من 215 إلى 217 وبند 220 في الباب السادس من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 ، 52 .

بند [160] التشريع الإسلامي

المرأة المتزوجة العادية التي تخرج عادة لها المرافعة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها بدون إذن زوجها ، والنساء المخدرات الملازمات لخدرهن يوكلن من ينوب عنهن ممن يثقن به أو يبعث لهن القاضي واحدًا من طرفه لمنزلهن يسمع دعواهن ، ولا تخرج للتجارة والبيع والشراء إلا بإذن زوجها ، وله منعها من الخروج للمخاصمة إلا بإذنه فإن امتنع يجبر عليه قضاء (وفي هذا بحث طويل في مذهب مالك) (1) . فإن خرجت بدون إذنه فيما يجب إذنه لها فيه اعتبرت ناشزًا ومنعت من ذلك جبرًا ، ولا نفقة لها ما دامت خارجة عن إذن زوجها .

هذا في المسائل الخاصة وأما في المسائل العامة كأن تعلق حق الله بخروجها لمجلس القضاء كأداء شهادة أو لقصاص أو أرش جناية وجب عليها الحضور لمجلس القضاء . وأما عقودها فهي لازمة نافذة بدون إذن زوجها في المال ، وأما عقودها على شخصها المقتضية استيفاء منفعة أو أداء خدمة منها شخصيًا فلا تجوز إلا بإذن زوجها ؛ لأن فيها ضياع حقه المراد من الزواج في وجودها في منزل الزوجية وتربية أولادهما وإدارة المنزل وحق التمتع بها أنّى شاء . وقد تمرد المشرع الوضعي على القاعدة العامة من أن المرأة المتزوجة فقدت أهليتها الشرعية في زواجها فسن قانوني سنة 1907 وسنة 1909 ، وأباح للمرأة حقوقًا كانت ممنوعة ، وهو التصرف في أجر عملها الشخصي وفي أملاك العائلة الممنوع الحجز عليها أعني سنة 1907 ، واعترف للمرأة بأول حق ، وهو الحرية في أجر عملها ، وقد اعترف الشرع الإسلامي لها بكامل الحرية المطلقة منذ 1362 سنة فحكمة الله جل وعلا وعدله ستتحقق يومًا على وجه الأرض فيأتي إليها الإنسان مساقًا بحكم الظروف القهرية وسنن الترقي وطبيعة الخلقة البشرية ، وسيعمل الناس بقواعد العدل المنزلة على محمد ﷺ من

(1) جاء في الشرح الكبير للدردير 393/2 أن النشوز الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه ... وجاء في الخرشي 7/3 أن الزوج إذا كان يضار زوجته فلها أن ترفع أمره إلى الحاكم فإذا ثبت عنده أنه يضارها فإنه يزجره عن ذلك ... وجاء في المغني لابن قدامة 20/7 أن الخروج يكون بإذن الزوج فلا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ... وللزوج منع زوجته من الخروج من منزله إلى مالها منه بدٌّ 20/7 .

غير أن يقروا بنبوته ولا برسالته ، وهاهي روسيا ابتدأت تعمل في الزواج والطلاق بكل حرية حسب بعض قواعد التشريع الإسلامي ، ولله في خلقه شئون فهو المالك المتصرف في ملكه .

بند [161] القانون الفرنسي

ويستثنى من عدم أهلية المرأة المتزوجة ما يأتي :

أولًا – للمرأة المتزوجة عمل وصيتها بدون إذن زوجها ؛ لأنها عمل خاص بها ، ولأنه لا يظهر أثرها إلا بعد انحلال الزواج بالموت .

ثانيًا – لها طلب إبطال هبة عملتها لزوجها بدون إذن زوجها .

ثالثًا – لها الاعتراف ببنوة ولد طبيعي رزقت به من غير زوجها قبل الزواج بدون إذن زوجها .

رابعًا – لها استعمال السلطة الأبوية على ولدها من غيره أو منه إذا لم يمكنه مباشرتها لغيابه أو لمنعه أو لحرمانه منها ، وإدارة أموال ولدها الشخصية عند حرمان الأب منها .

خامسًا – التعاقد بالالتزامات الناتجة عن جنحة أو جناية ، ولها عمل تحفظات قضائية لحفظ حقوقها كقطع المدة القانونية أو رهن إلخ .

سادسًا – قبض وإدارة إيرادها في عملها ومطالبة زوجها بنصيبه في نفقة العائلة ، وإقامة عقار في أملاك العائلة غير القابلة للحجز التي احتفظت بحق إدارتها ، ووضع ما تقتصده في خزانة التوفير أو سحبه .

سابعًا – للمرأة المتزوجة المباشرة لمهنة أو المحترفة لأي عمل أن تقبل العمل في نقابة العمل المنتمية إليها وتشاطر في إدارتها بدون إذن زوجها [1] .

---

(1) انظر : بند 220 ، 226 من الباب السادس من الكتاب الخامس ص 52 ، 53 وبند 390 ، 393 في الباب الثاني من الكتاب العاشر ص 67 وبند 905 في الباب الثاني من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول وكذلك بند 1096 ص 245 في الباب التاسع من الكتاب الثاني في المقالة الأولى من نفس القانون وكذلك بند 1428 الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس الجزء العاشر ص 14 .

بند [162] التشريع الإسلامي

للمرأة عمل وصيتها بدون تدخل الزوج ولا إذنه ، ومتى وهبت الزوجة في أقل من ثلث ما لها لزمتها ، وليس لها الرجوع فيها متى قُبضت ، وليس للزوج التعرض لها (عند مالك) ، وعند أبي حنيفة لا شأن للزوج في هبة زوجته مطلقًا قلت أو كثرت [1] .

وليس لها الاعتراف ببنوة طفل ، وهو (الاستلحاق) ، لأن ولادتها أمر حسي تقام عليه البينة فتثبت أمومتها بالبينة بخلاف الاستلحاق من الرجل لولد مجهول النسب فيصح ؛ لأن هذا النسب ليس أمرًا حسيًا تقام عليه البينة [2] (الشافعي ومالك) سواء أكانت متزوجة أم لا . وأما استعمال السلطة الأبوية فإن أقامها القاضي وصيًا استعملت السلطة الأبوية لصالح الصغير . وفي سن الحضانة الأم تتولى حفظ ورعاية الصغير ، ومتى استغنى عن خدمة النساء ضمه إليه أقرب العصبات من الذكور فهو أقدر على التربية والتعليم من الأم التي تغلب عليها شفقة الأمومة فتضر مستقبل الولد ، ويخشى على البنت بعد سن العاشرة (تراجع الحضانة) .

ولها قبض وإدارة إيرادها من عملها ومن أملاكها كيفما كانت ، وتطالب زوجها بنفقة البيت كاملة عليه هو ولا شيء عليها ، وليس للمرأة المتزوجة مباشرة أي عمل خارج عن واجبات بيت الزوجية بغير إذن زوجها ورضاه .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 97/4 أنه ليس للزوج الحجر على زوجته في الواجبات عليها من نفقة أبويها فلا يحجر عليها في ذلك ، كما لو تبرعت بالثلث فأقل . ويختلف ذلك عن مذهب الأحناف والشافعية والحنابلة الذين أطلقوا حق المرأة البالغة الرشيدة في التصرف في مالها ؛ ففي المغني لابن قدامة 513/4 أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها ، وبه قال مالك .

(2) جاء في الوسيط في المذهب للغزالي 318/4 : المرأة إذا استلحقت فيه ثلاثة أوجه :

1 - أنه يُلحق بها كالرجل .

2 - لا ؛ لأنه لو أُلحق بها للحق زوجها ، وقبول قولها على زوجها محالٌ والإلحاق بها دونه محال .

3 - أنه يلحق الخلية دون ذوات الزوج .

وقد روى ابن القاسم عن مالك إذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له إلا ببينة ، قال رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه عتبة بن أبي وقاص قالت فما رآها حتى لقي الله .... أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يقم له بينة من إقرارها فلم يلحق به ، المنتقى 5/6 .

بند [163] وكالة الخدمة

القانون الفرنسي : وكالة الخدمة ، يعتبر القانون تصرفات الزوجة كوكيل في مصاريف المنزل ومصاريفها الشخصية فهي تعمل باسم زوجها ، وهي التي لا يجب عليها السداد بل الزوج هو الذي يلزمه سدادها ؛ لأنها وكيلة فقط في ذلك ، وعدم أهلية المرأة المتزوجة يخفف ويغلظ تبعًا لعقد الزواج المدخول عليه ، ففي عقد احتفاظ الزوجة بأموالها وإدارتها تكون عدم الأهلية خفيفة ، وفي عقد الاحتفاظ بالمهر تكون عدم أهلية الزوجة شديدة الوطأة .

نهاية عدم أهلية المرأة المتزوجة : تنتهي عدم الأهلية بحل الزواج بالموت أو الطلاق أو بالتفريق الجسماني القضائي [1] .

بند [164] التشريع الإسلامي

يعتبر التشريع الإسلامي أن الزوج مسئول شرعًا عن نفقات بيته وزوجته أي يجب عليه الإنفاق للأكل والشرب والكسوة والمسكن وما يلزم للزوجة من حوائجها الشخصية المكلف بها شرعًا وعلى أولاده ، فإن أنفقت الزوجة على نفسها حال وجوبها عليه أو أنفقت على لوازم منزل الزوجية فالزوج ملزم بالسداد لما وجب عليه .

وحالة الزوجة قبل الزواج هي حالتها بعد الزواج فهي أهل كما سبق حتى بعد انحلال الزواج فهي حالتها أيضًا بلا تغيير .

بند [165] القانون الفرنسي

قواعد إذن المرأة : إذن المرأة يكون وقت العمل لا بعده فيسمى حينئذ تصديقًا أو إجازة عمل كان موقوفًا ، والإذن يكون من الزوج إلا في بعض أحوال فيكون من القضاء [2] .

---

(1) انظر : بند 1420 في الفصل الأول من الباب الثاني ، من الكتاب الخامس ، وكذلك بند 1421 في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، وانظر : بند 1441 في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الخامس من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثاني ص 12 ، ص 16 .

(2) انظر : البنود من 215 إلى 226 من الباب السادس ، من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 51 .

وإذن الزوج يكون صراحة ، ويجب أن يكون كتابة ولو بجواب خاص أو ضمنًا ، ويجب أن يشارك الزوج زوجته في إتمام العمل المطلوب إذنه فيه ، ولا يكفي إذنه الشفوى ، ويكفي في التجارة بسماح الزوج وسكوته عن عمل زوجته التجاري فهو إذن ضمني .

ويجوز للزوج سحب إذنه من زوجته فكل عمل تعمله بعد ذلك لا تكون له قيمة قانونية إلا ما استثني سابقًا .

إذن القضاء : يجوز للمرأة المتزوجة طلب الإذن من القضاء (محكمة محل الإقامة المدنية) إذا رفض الزوج إعطاء ذلك بعد سماع أقوال الزوج .

فإن حكم على الزوج بحكم جنائي مخل بالشرف أو حكم باستبعاده فعلى الزوجة طلب الإذن من القضاء بعد سماع دعواها دون الزوج ، وللقضاء الإذن أو الرفض ، وكذلك إذا غاب الزوج أو حجر عليه أو جن أو كان الزوج صغيرًا عن سن الرشد .

وفي بعض المواضع لا يجوز إذن القضاء بدلًا عن الزوج ؛ منها :

1 - المرأة المتزوجة ليس لها قبول أن تكون منفذة لوصية بدون إذن زوجها هو فإن كانا مفترقين جسمانيًا بالقضاء ورفض الزوج فللقضاء الإذن لها .

2 - المرأة المتزوجة ليس لها عمل عقد تحكيم في خلاف بدون إذن زوجها هو .

3 - لا تقبل المرأة المتزوجة وظيفة أو عملًا تتعاقد عليه كممثلة أو تاجرة بدون إذن زوجها هو على خلاف في ذلك .

إذن الزوج أو القضاء للمرأة المتزوجة يكون خاصًا بكل عمل فلا يصلح إذن بالمبيع إلى رهن مثلًا ولا إذن بدون تعيين المشتري ولا ضمان دين بدون معرفة قدره إلا في الأعمال الإدارية أو في التجارة فيكفي إذن عام .

وفي العقد الذي يتم مع الزوج نفسه تكفى إجازة الزوج الضمنية وحدها ، على أن عدم أهلية الزوجة ينتج عن الزواج ، أو يجب إذن القضاء في هذه الحالة نظرًا لأن الغرض من عدم الأهلية ضعف المرأة الطبيعي واحتياجها للحماية ، ولكن الرأي الأول صحيح ، وعليه العمل قانونًا .

بند [166] التشريع الإسلامي

لا تحتاج المرأة المتزوجة في تصرفاتها إلى إذن زوجها في العقود المالية . أما عقودها الشخصية التي تتعلق بمنفعة ذاتية قد تضيع على الزوج حقه فلا بد من إذن الزوج كما سبق . والإذن كما يكون صريحًا يكون ضمنًا ، ويجوز له سحب تصريحه متى رأى أنه من مصلحته ، وليس سحب إذن الزوج من زوجته التي اشتغلت تاجرة أو طبيبة أو مرضعا مبطلًا لتعاقدها ، ولكن يحرم عليها التمادي ، فإن رفع أمرها للقاضي قضى له بما طلب ، وألزمها طاعة زوجها فيما هو من حقوقه الشخصية الناتجة عن الزواج [1] .

وإذن الزوج حق لشخصه لأنه هو الذي يلحقه الضرر فلا ينوب عنه القضاء في ذلك ، إلا إذا منعها من التقاضي أو من الخروج لزيارة والديها مثلًا ، فللقاضي إجباره على إذنها بذلك ، والحكم بالحجر على الزوج لا يسلبه هذا الحق ، فإن كان صغيرًا أو مجنونًا فلوليه النظر فيما يراه صالحًا له .

فإن رأى كون زوجته منفذة لوصية مُلْحِقًا به عارًا أو مُنقصًا لحقه أو مضيعًا له في اشتغالها بذلك جاز له منعها ، والإذن يتخصص بكل حادثة بما يراه الزوج [2] .

وللزوج أن يتعاقد مع زوجته على أي نوع من أنواع التعاقد ، تعاقد النظير للنظير بلا إذن أحد .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 308/3 وما بعدها أن للزوج منع الزوجة من إقراضها مالًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذنه لأنه معروف كالهبة ولأنها قد تخرج لمطالبتها به . وأما دفعها مالا قراضًا لعامل فليس فيه قولان لأنه من التجارة . وهو أي تبرعها جائز أي ماض حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه على المشهور ومقابله مردود حتى يجيزه .

أما ضمان المال فله منعها منه ، مثل ضمان الوجه ؛ لأنهما يؤديان للخروج والزوج يتضرر بذلك وقد تحبس . والمشهور المعتمد في المذهب المالكي أن رد الزوج رد إيقاف كما هو مذهب المدونة ورد إبطال عند أشهب ، وأما رد الغرماء فهو رد إيقاف .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 309/3 : وله رد الجميع لأنها لما تبرعت بالزائد حملت على قصدها إضرار الزوج فعوملت بنقيض قصدها ، فاندفع ما يقال أن الزوج ليس له رد الثلث ، فمقتضاه أنه لا يرد إلا الزائد . وظاهر قوله وله رد الجميع أي ولو بعد مدة طويلة ... وحق الزوج رد الجميع هو المشهور من المذهب المالكي .

بند [167] صيانة عدم الأهلية

القانون الفرنسي : نتائج إذن الزوج هي وقوع العقد أو العمل الذي تم من المرأة المتزوجة صحيحًا قانونًا . ونتائج عدم الإذن هو وقوع العقد غير صحيح قانونًا ، وهذا الفساد فساد خاص فليس لمن تعاقد مع المرأة غير المأذون لها أن يطلب الإلغاء ، فهذا الإلغاء يزول بمضي المدة أو بإصلاحه ، والذي يحق له طلب البطلان هو الزوج أو الزوجة أو ورثتهما فقط ، ويمكن للزوج المصادقة على تصرف امرأته ما دام الزواج قائمًا فيصبح التصرف صحيحًا قانونًا ، وللزوجة تصحيح تصرفها متى انحل الزواج أو تفرقا قضائيًا .

ويصبح العقد صحيحًا بمضي عشر سنوات من يوم العقد بالنسبة للزوج ومن يوم حل العصمة بالنسبة للزوجة .

إذا حضرت الزوجة للتقاضي بدون إذن زوجها فالحكم يقع صحيحًا في ذاته غير أنه يصح فيه الاستئناف أو النقض ، فإذا لم يحصل فيه طعن قانوني في المدة المقررة حاز قوة الشيء المقضي فيه (1) .

بند [168] التشريع الإسلامي

نتيجة إذن الزوج لزوجته في التعاقد على عمل يمنع الزوج من استيفاء منفعته يوجب صحة التعاقد ، وعدم الإذن يخول للزوج حق الإلغاء فهو حق خاص للزوج ، وليس للزوجة حق طلب الإلغاء لأن العمل تم من جهتها فلا تنقضه . ويصبح العقد لازمًا متى سكت الزوج وأجازه صراحة أو ضمنًا ، وإذن الزوج يصح ما دامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكمًا كما في عدتها منه . ومتى تفرقا بالطلاق وخرجت من العدة لزمها العقد نهائيًا ، أما بيعها وشراؤها ورهنها وقرضها وويعتها الخ . فلا دخل لأحد فيه فهو صحيح لازم ، وهذا الحق شخصي للزوج فإن لم يجزه صراحة أو ضمنًا ولا يعلم به فلا يفوت بمضي المدة ما دامت حقوق الزوجية قائمة .

إذا قاضت الزوجة أو تقاضت فالحكم صحيح ولو لم يأذن لها الزوج في حضور

---

(1) انظر : بند 1304 وبند 1312 في الفصل السابع ، من الباب الخامس ، من الكتاب الثالث ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 294 ، 295 .

مجلس للقضاء ، وليس للزوج التدخل إطلاقًا لا بالاستئناف ولا بالنقض ؛ لأنه ليس طرفًا في الخصومة ، ولا تلحقه الخصومة بأي ضرر [1] .

بند [169] القانون الفرنسي

قانون 13 يوليو سنة 1907 نص على غايتين :

أولًا – أجر المرأة الحر ، المرأة لها الحق فقط في قبض وتصريف أجر عملها فلها التوفير ومشترى عقار أو منقول ثم بيعه بدون إذن زوجها .

وبموجب قانون سنة 1919 للمرأة التي بلغت فوق 45 سنة ، وليس لها أولاد ولا أولاد أولاد يمكنها أن ترتب أملاكها إلى جهات البر والإحسان بدون إذن زوجها ، وللزوج مراقبة زوجته فإن أساءت إدارة هذه الأملاك أو تصرفت بما يعود عليها بالضرر فللزوج طلب الحجر عليها في كل أو بعض هذه التصرفات فإذا أثبت صحة دعواه سلبتها المحكمة هذه السلطة وعادت للزوج .

ثانيًا – حصة الزوجين في مصاريف المنزل ، إذا سلك الزوج مسلكًا لا يتفق مع الحرص على مصلحة بيته أو أولاده بأن كان مبذرًا فللزوجة الحق في أخذ إذن من قاضي الصلح يبيح لها فيه قبض ما يجب صرفه في المنزل من أجرته أو ماهيته من محل عمله .

يجوز للمرأة المتزوجة أن تقاضي وتتقاضى بدون إذن زوجها فيما خصها به قانون سنة 1907 [2] .

بند [170] التشريع الإسلامي

القوانين الوضعية تجعل المرأة بدون أهلية شرعية ما دامت متزوجة ، وهذا يسلب الزوجة اعتبارها كشخص له وعليه في هذه الحياة ، وقد سواها المشرع الإسلامي بالرجل منذ أول تشريع إلا في الميراث لأسباب اجتماعية ستذكر في بابه وفي باب

---

(1) قاعدة : إذا قاضت الزوجة أو تقاضت فالحكم صحيح ولو لم يأذن لها الزوج في حضور مجلس للقضاء وليس له التدخل إطلاقًا لا بالاستئناف ولا بالنقض ؛ لأنه ليس طرفًا في الخصومة ، ولا تلحقه الخصومة بأى ضرر .

(2) انظر : بند 1428 في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الخامس ، ص 14 وكذلك بند 1575 ، وبند 1576 في الفصل الرابع من الباب الثالث من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون الفرنساوي الجزء الثاني ص 50 .

الشهادة في المال دون الشهادة في الحدود ، ولكن قانون سنة 1907 قرر للمرأة بعض حقوقها في جزء خاص من أملاكها الناتجة عن أجر عملها ، وللزوج حق الإشراف على تصرف زوجته ؛ فإن أساءت كان له حق طلب الحجر عليها كما جعل للزوجة نفسها هذا الحق في النظر في تصرفات زوجها ؛ فإن أساء أو بذر جاز لها طلب الحجر أيضًا .

وليس على الزوجة المشاركة في نفقة المنزل ، فإن تبرعت بما يساعد زوجها كان أدعى للمودة بين الزوجين ولكن بدون وجوب عليها ، فإن امتنع زوجها من الإنفاق لأي سبب رفعت أمرها للقاضي ليقدر لها ما يجب على الزوج دفعه كل شهر ، فإن دفع فِبها وإلا حجزت بأمر القاضي على أجره الشهري أو أملاكه لاستيفاء النفقة المقررة . فإن لم تجد ما تستوفي منه النفقة أمره القاضي بالإنفاق أو الطلاق متى طلبت ذلك ، فإن أنفق فبها وإلا أمر بالطلاق ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي .

نتيجة المقارنات من بند 150 إلى نهاية 170

يتفق التشريعان فيما يأتي : نتائج الزواج (في الجملة) ، واجبات متقابلة بين الزوجين (في الغالب) ، حفظ العرض ، خضوع المرأة إلى زوجها ، العناية والعون الأدبي ، المساكنة والمعاشرة ، السلطة الزوجية (في بعض نواحيها) .

ويختلف التشريعان في : عدم أهلية المرأة المتزوجة ، واجب المساعدة في الحياة المعيشية ، السلطة الزوجية (في بعض نواحيها) ، وكالة الخدمة ، قواعد إذن المرأة .

بند [171] انحلال الزواج

القانون الفرنسي : ينحل الزواج بأحد أمرين :موت أحد الزوجين أو الطلاق ، وأما التفريق الجسماني القضائي فلا يحل عقدة الزواج إنما يوقف ما ترتب عليه فقط من علاقات الزوجية .

نتيجة حل الزواج : يترتب على حَلِّ الزواج حِلُّ الزواج للزوجين أو لأحدهما ، فيجوز الزواج للرجل عقب انحلال الزواج ، وعلى الزوجة أن تمكث بعده عشرة أشهر ، وهو شرط تحريمي ، ولو خالفته وتزوجت قبل مضي هذه المدة فالزواج صحيح [1] .

بند [172] القانون الروماني

انحلال الزواج من ثلاثة أمور :

أولًا – وفاة أحد الزوجين .

ثانيا – فقد أحد الزوجين لحريته أو جنسيته .

ثالثًا – الطلاق . وذلك :

أولًا – متى كان الزواج مع سلطة الزوج فلا يمكن التخلص من زوجها بفرض طلاقها عليه ولا بأي طريق آخر فهي كإحدى بناته بخلاف الزوج فله أن يضع حدًّا لسلطته ويطلقها بعمل احتفال مضاد لما فعل في الزواج ، وهذا في زواج الأشراف ، أما في زواج العامة فيعلن الزوج حريةَ زوجته وبلوغَها رشدها وهو الطلاق .

ثانيًا – متى كان الزواج بدون سلطة الزوج فهي جمعية حرة ، وهي نوع من الحياة واقعة مفروض فيها رضاء الزوجين ، فمتى اتفقا أو رفض أحدهما المعيشة مع الآخر وتركه بالفعل فهي حال الطلاق ، فيحصل الطلاق بأحد أمرين ، إما بالاتفاق عليه ، وإما بترك أحدهما الآخر ، فالطلاق حر بدون سبب ولا شكل ، ثم حصل تقييد في الطلاق باشتراط إخبار الزوج الآخر بطلاقه وبحضور ستة شهود ، ثم احتفظ بالطلاق بالاتفاق ، ثم منع الترك بلا سبب . أما زواج العبيد

---

(1) انظر : بند 227 في الباب السابع من الكتاب الخامس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 63 ، 54 .

فهو جمعية حرة بالفعل فقط بلا نتائج قانونية [1] .

بند [173] التشريع الإسلامي

ينفسخ النكاح بالموت حقيقة أو حكمًا وبالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، فإن كان الطلاق رجعيًا جاز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة ولو بغير رضاها ، وكان للرجعة محل ، وينفسخ النكاح بإسلام أحد الزوجين المجوسيين ، وبإسلام زوجة الكتابي وامتناعه عن الإسلام أو سكت ، وبارتداد أحد الزوجين عن الإسلام ، وبخيار العيب أو خيار البلوغ ، وبالعتق ، ففي كل ذلك تنعدم حقيقة الزواج ، وإن بقي أثره المترتب عليه[2] .

وليس في التشريع الإسلامي تفريق جسماني ؛ لأن فيه أشد الضرر على الزوجين فلا هما متزوجان متعاشران يقوم كل منهما بواجباته الزوجية ، ولا هما متفرقان حران يفعلان ما يريدان ، فما أقسى هذا التشريع الذي يعطل حركة الدورة والوجود البشرى بلا فائدة منتظرة ، وما أوسعه بابًا للفساد الأخلاقي .

ويترتب على انعدام الزواج حِلُّ الممنوع شرعًا أثناء قيامه ؛ فيحل للزوج أن يتزوج أخت زوجته أو ما كان جمعها مع زوجته محرمًا ، وزواج خامسة . ويجب على الزوجة أن تعتد لتعرف براءة الرحم ، وقد سبق تفصيل العدة في الزواج

---

(1) انظر : الباب العاشر من الكتاب الأول ، في النكاح الصحيح من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 – 24 .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 447/3 وما بعدها أنه اختلف في ارتداد أحد الزوجين هل هو فسخ أو طلاق وأرى أن ارتداده فسخ وارتدادها طلاق ، لأنه إذا ارتد كان كافرًا ، والكافر لا طلاق عليه ، وإذا ارتدت وقع الطلاق لأنه مسلم . وليس للأوصياء إذا لم يجعل لهم الإجبار ولا للأولياء أن يزوجوا الإناث إلا بعد البلوغ والاستئذان ... والأصح أنه إذا زوجت اليتيمة ولم يخف عليها الفساد أو لم تبلغ عشر سنين أو لم يشاور القاضي فسخ قبل البناء وبعده مالم بطل بعد الدخول ، وهو الذي قال في المتيطية أنه المشهور . قال الشيخ أبو الحسن الصغير : المشهور أنه يفسخ أبدًا ، وهو الذي ذكره ابن حبيب ، وعزاه إلى مالك . وسئل مالك عن الرجل يزوج ابنه صغيرًا أو يشترط على الأب نفقة امرأته قال لا خير في هذا ، قال عيسى وسألت ابن القاسم عنه قال يفسخ قبل الدخول فإن دخل جاز وكانت النفقة على الزوج .

ويكون الفسخ طلاقا إذا كان الخيار فيه لحق متقدم على العقد ، كما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب متقدم على العقد يوجب الرد فرد . قال ابن القاسم : ذلك طلاق . وقال الأبهري : إذا وجد الرجل المرأة مجنونة أو مجذومة أن الرد بغير طلاق .

(شروط صحة الزواج) وأنها شرط في صحة الزواج الثاني خوفًا من اختلاط الأنساب . فإن تزوجت وهي في العدة حرمت مؤبدًا على من تزوجها سواء دخل بعد العدة أو قبلها ، فإن لم يدخل فلا يتأبد تحريمها . وهذا التشديد واجب محافظة على الأنساب ؛ فرحم المرأة وعاء يجب أن تتأكد من خلوه قبل إباحة استعماله للغير . فانظر – رحمك الله – كيف أباح التشريع الوضعي صحة عقد المرأة لزوج ثان قبل نهاية العدة ، وهذا هو عين خلط الأنساب [1] .

بند [174] الطلاق

القانون الفرنسي : نظرة عامة : الطلاق هو حل عقد الزواج بمعرفة السلطة القضائية بناء على طلب أحد الزوجين لأسباب قانونية محدودة [2] .

تنقسم حال الدول في الطلاق إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : يقبل الطلاق والتفريق الجسماني وهو : إنكلترا . البلجيك . فرنسا الولايات المتحدة بولونية الروسية . وفي المجر يطبق الطلاق على غير الكاثوليك والتفريق الجسماني على الكاثوليك .

القسم الثاني : يقبل الطلاق فقط دون التفريق الجسماني وهو : روسيا . ألمانيا . سويسرا . السويد . النرويج . الدانيمارك . رومانيا . صربيا . البرتغال .

القسم الثالث : يقبل التفريق الجسماني دون الطلاق وهي إيطاليا وأسبانيا .

(1) جاء في مواهب الجليل للحطاب : 415/3 أن إنهاء النكاح الواقع في العدة فسخ بغير طلاق ، ونص عليه في المدونة وابن الجلاب وغيره ولا فرق في تأييد تحريمها بين أن يطأها بعقد نكاح أو بشبهة بأن يطأها في عدتها غالطًا فيها يظنها زوجته فإنها تحرم بذلك ... لكن إن كان الزوج الناكح في العدة غير عالم بالتحريم حرمت عليه اتفاقًا ولا حد عليه ، وإن تزوجها في العدة عالمًا بالتحريم فالمشهور أنها تحرم على التأبيد والولد لاحق به والحد ساقط عنه ، وقيل إنه زان وعليه الحد ولا يلحق به الولد ولا يتأبد تحريمها . وهذا التحريم إنما هو في المعتدة من الوفاة ومن الطلاق البائن . وأما الرجعية فلا تحرم لأنها زوجة ، ومن تزوج امرأة متزوجة لم تحرم عليه وقال ابن القاسم هو ناكح في عدة . قال مالك وللأول الرجعة قبل فسخ النكاح الثاني وبعده قاله في التوضيح .

(2) انظر : البنود من 229 إلى 233 في الباب الأول من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 54 ، 55 .

بند [175] التشريع الإسلامي

الطلاق هو حل العصمة وفك عقد الزواج بمعرفة الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو من ملك هذا الحق ولو كانت الزوجة ، ولا دخل للقضاء فيه إلا إذا اختلفا في حكم من أحكامه بدون أسباب قانونية محدودة .

فعقد الزواج مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج إذا لم يكن هناك شرط آخر كأن اشترطت المرأة أن تكون عصمتها بيدها أو قال لها وكلتك في طلاقك كما تشائين أو ملكتك طلاقك إلخ . فيكون للزوجة الحق في إيقاع الطلاق حسب التوكيل أو التمليك كالزوج ، وهو شرط صحيح ؛ لأن فيه منفعة يقصدها أحد الزوجين ، ويجوز للزوج توكيل أو تمليك غير الزوجة في الطلاق فيكون له الحق في إيقاع الطلاق كالزوجة تمامًا (راجع التوكيل والتمليك والتخيير في الطلاق) [1] .

والحقيقة أنه ليس أشق على النفس البشرية من أن تعاشر شخصًا تبغضه قهرًا عنها ، كما اقتضت الشرائع الوضعية أن يكون الطلاق بيد المحكمة تقدر الأسباب المحددة قانونًا ، وقد لا تجد سببًا يبرر الطلاق فترفضه ، وقد تكون الكراهية في صميم القلب فالتنافر شيء طبيعي خلقه اللّه مع البشر ، ولهذا كان في قضايا الطلاق مخازي ومعايب تصل إلى أن يتفق الزوج والزوجة على الاعتراف بالزنا لتطلق المحكمة ، واللّه يعلم أنه براء ، ولكن القانون هو القانون ولو لم يوافق طبائع الناس فتفرض عليهم العشرة قهرًا وأنفهم في التراب ، وماذا ينتج عن ذلك فالتشريع الإسلامي دين سماوي سمح يعطي لكل ذي حق حقه بلا ضرر ولا ضرار .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 377/3 وما بعدها أنه يصح أن يوكل الرجل من يطلق عنه زوجته . وفي الشرح الكبير : « فصل » ذكر فيه حكم النيابة في الطلاق وهي أربعة توكيل وتخيير وتمليك ورسالة .... جاء فيه أن الزوج المسلم المكلف ولو سكر حرامًا لو فوض إيقاعه للزوجة صح هذا التفويض .... والتوكيل جعل إنشاء الطلاق بيد الغير باقيًا مع الزوج فله عزلها قبل إيقاعه اتفاقًا كما لكل موكل ذلك (إلا لتعلق حق) لها زائد على التوكيل كاشتراطها إن تزوج عليها أن يكون أمرها أو أمر الزوجة الجديدة بيدها توكيلًا فليس له حينئذ عزلها والحق هنا دفع الضرر منها (لا) إن فوضه لها (تخييرًا) فليس له عزلها وهو جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثًا نصًا وحكمًا حقًا لغيره . ومن صيغه اختاريني أو اختاري نفسك (أو تمليكًا) وهو جعل إنشائه حقًا لغيره راجحًا في الثلاث يختص بما دونها فليس له العزل . ومن صيغه أمرك أو طلاقك بيدك ... الشرح الكبير 405/2 ، 406 .

بند [176] أسباب الطلاق

القانون الفرنسي : أسباب الطلاق :

1 - الزنا .

2 - سوء المعاملة أو إهانة فوق الطاقة .

3 - الحكم بعقاب بدني قصاصي أو مخل بالشرف [1] .

أولًا - زنى أحد الزوجين : زنى أحد الزوجين سبب في الطلاق في أي محل وعلى أي وجه .

ويتحقق الزنا بمعرفة البوليس الذي للزوج الحق دائمًا في استصحابه لعمل التحقيق ؛ لأن زنى الزوجة جنحة ، وليس للمرأة استصحاب البوليس لعمل محضر إلا إذا كان بمنزل الزوجية .

ثانيًا - سوء المعاملة : ويفسر هذا بتعدي الحدود في سلطة الزوجية ، الأعمال الوحشية الشرسة ، الضرب والجرح ، كل هذا مع تكرره يجعل حياة الزوجين غير مستطاعة ، ويعد من الإهانات الموجبة للطلاق (الامتناع عن أداء واجب الزوجية ، رفض قبول الزوجة في منزل الزوجية ، هجر منزل الزوجية من المرأة ، رفض إتمام الزواج دينيًا بعد تمامه قانونًا) ويجب ملاحظة العوائد والوسط للزوجين .

ثالثًا - الحكم بعقاب بدني ومخل بالشرف ، ولكي يجوز الطلاق بهذا السبب يشترط :

1 - يجب أن يكون الحكم نهائيًا .

2 - يجب أن تحكم به محكمة فرنسية .

3 - وألا يمحى أثره بالعفو أو برد الاعتبار .

4 - يجب أن يصدر بعد إعلان الزواج .

والزنى والحكم البدني والمخل بالشرف لا يتركان مجالًا لمحكمة الموضوع لتقدير

---

(1) انظر : البنود 229 في الباب الأول من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 54 .

الوقائع ، بل يحب عليها الحكم بالطلاق متى ثبت ذلك بخلاف سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فمتروك ذلك لتقدير المحكمة .

ويجوز للمحكمة تأخير النطق بالحكم لعلهما يصطلحان لمدة ستة أشهر في سوء المعاملة والزنا ، وأما في الحكم البدني والمخل بالشرف فلا يجوز التأخير .

بند [177] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي أسباب للطلاق إذا صدر من الزوج أو من وكيله أو ممن فوض له ذلك ، وهو وإن كان فيه استعمال حق مقرر فهو حلال إلا أنه مبغوض عند الله لقول الرسول ﷺ : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » [1] . فالزواج عقد مدخول فيه على أن العصمة بيد الزوج عند الإطلاق أو عدم اشتراط أن تكون العصمة بيد الزوجة .

فليس كون العصمة بيد الزوج كشرط مدخول عليه بين المتعاقدين أن يستبد الزوج في معاشرة زوجته أو يمنعها حقًّا مخولًا لها قانونًا أو يضاررها بما لا تحتمل الإقامة معه ، فإن فعل ذلك فللزوجة طلب الطلاق منعًا للضرر ؛ لأنه وإن كان أصل التشريع « الطلاق لمن أخذ بالساق » [2] لكن الزوج قد يظلم زوجته فجعل الشرع ولاية القاضي عامة في ذلك منعًا للظلم ، وتفصيل ذلك في أربعة مواضع (في العيب . الإضرار . النشوز . النفقة) .

أولًا – عيب الفرقة . وهو الجنون . والجذام . والبرص . والعِزْيطة . والخصاء . والعنة . والاعتراض . فالجنون والجذام والبرص عيوب مشتركة بين الزوجين ، والعزيطة وعيوب الفرج خاص بالمرأة ، والباقي خاص بالرجل .فمتى رفع أحد الزوجين أمره للقضاء طالبًا التفريق (الطلاق) نظر القاضي فإن ثبت أن بالزوج عيبًا من هذه من أهل خبرة أمره بالطلاق دفعًا للضرر ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي طلاقًا بائنًا [3] .

---

(1) أبو داود : الطلاق باب 3 رواه عبد الله بن عمر بن الخطاب .

(2) قاعدة : الطلاق لمن أخذ بالساق .

(3) جاء في الخرشي 236/3 ، 241 أن حاصل العيوب في الرجل والمرأة ثلاثة عشر : أربعة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي الجنون والجذام والبرص والعذيوطة وأربعة خاصة بالرجل وهي الخصاء والجب والعنة والاعتراض . =

ثانيًا – الإضرار والنشوز – متى وجد خلاف بين الزوجين عين القاضي حكمًا من أهلها وحكمًا من أهل زوجها أو حكمين من أهل التقوى والصلاح فيتعرفان أسباب الشقاق والتنافر والبغضاء فإن أصلحا فبها وإلا فإن كانت الإساءة من الزوجة حكمًا بالطلاق نظير عوض (خلع) تدفعه الزوجة ، وإن كان الضرر من الزوج حكمًا بالطلاق بلا عوض ، وما على القاضي إلا إنفاذ حكمهما ، ومن الأضرار التي يجوز بها للزوجة طلب التفريق (الطلاق) قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها بعدم العدل بين زوجته في الكسوة والنفقة بقدر حال كل واحدة (1) .

ولا يشترط تكرر وقوع الضرر ، ومنه هجرها بلا موجب شرعي وضربها بلا سبب شرعي أو تجاوزه حد التأديب الجائز شرعًا ، ووطؤها في دبرها ، وسبها وسب أبيها (يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون) ورميها بالزنى والفسق والفجور إلخ مع تحكيم العرف والعادة بالنسبة لأوساط الزوجين فيما يكون ضررًا وما لا يكون .

= وخمسة خاصة بالمرأة وهي القرن والرتق والبخر والعفل والإفضاء .

ويؤمر بالطلاق إن اختارته الزوجة ؛ فإن طلق الزوج فواضح ، وله أن يوقع الطلاق ما شاء . وإن أبى أن يطلق فهل يطلق الحاكم عليه واحدة بائنة فإن زاد لم يلزم الزائد بخلاف الزوج . أو يأمر الحاكم الزوجة بإيقاع الطلاق فتوقعه ثم يحكم بذلك ؟ قولان وفائدة حكم الحاكم بما أوقعته المرأة صيرورته بائنًا وإلا كان رجعيًا كطلاق المخيرة والمملكة .

(1) جاء في الشرح الكبير 343/2 وما بعدها أن النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعته الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه ... والوعظ التذكير بما يلين القلوب لقبول الطاعة واجتناب المنكر ثم إذا لم يفد الوعظ هجرها أي تجنبها في المضجع فلا ينام معها في فرش ... ثم إذا لم يفد الهجر ضربها ضربًا غير مبرح وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته لشدته ... وبتعديه يزجره الحاكم ... فإن ثبت تعدي كل منهما على صاحبه وعظها ثم ضربها باجتهاده فإن لم يثبت فالوعظ فقط وأسكنها بين قوم صالحين إن لم تكن بينهم . هذا فيما إذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها ... أو لم يمكن السكنى بينهم فيبعث الحاكم أو من يقوم مقامه حكمين . وللزوجة التطليق على الزوج بالضرر ، وهو ما لا يجوز شرعًا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يا بنت الملعون كما يقع كثيرًا من رعاع الناس ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق ... ولها اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم . وعليهما أي الحكمين وجوبًا الإصلاح ، فإن تعذر الإصلاح فإن أساء الزوج طلقا عليه بلا خلع .

ثالثًا – النفقة : متى كان الزوج معسرًا ولا مال له ظاهرًا أو امتنع من الإنفاق على زوجته ، وكان غائبًا أو حاضرًا ، وطلبت الطلاق طلق عليه القاضي ، وإن كان حاضرًا وادعى العسر وأثبته أمهله شهرًا للإنفاق ، ثم طلق عليه إن لم ينفق ، أو كان حاضرًا وسكت طلق عليه أيضًا ؛ لأنه لا معنى لبسط سلطانه على مخلوق له حق الوجود وأسباب التمتع بالحياة مع عدم إنفاقه عليه ، فهو إخلال بموجب عقد الزواج ووجوب الإنفاق نظير الاحتباس فكان عدلًا أن يرفع الضرر عن الزوجة بإعطائها حريتها كاملة متى طلبت ذلك ، فإن قبلت البقاء فهي صاحبة الحق .

فيشترط لجواز التطليق للعيب [1] أن تطالب الزوجة بذلك وأن تجهل وجود العيب قبل الدخول ، وألا ترضى به قولًا أو ضمنًا ، فإن حدث بعد الزواج فلها هذا الحق . أما سجن الزوج أو اشتهاره بالفسق والفجور والسكر والعربدة ، فإن كانت مثلها تعير بذلك ، ولحقها ضرر مادي أو أدبي جاز لها طلب الطلاق ، وليس خطر ذلك على إحساس الزوجة بأقل من خطر خصامها أو إعراضه عنها في الفراش ، ومثله رفض قبولها في منزل الزوجية . ويجب على القاضي دائمًا عرض الصلح على الخصمين في ابتداء الخصومة في الدعاوى التي ليس فيها إزالة منكر أو كان فيها حق لله فلا يجوز صلح أحل حرامًا أو حرم حلالًا . وأظن كما يظن جميع المتشرعين أنه ليس هناك تشريع أنال المرأة حقوقها ، وحافظ على إحساسها ، وسوى بينها وبين زوجها في الحقوق والواجبات ، وحافظ على شخصيتها القانونية من جميع نواحيها كالتشريع الإسلامي ، ولكن هو الكره والحقد والجهالة جعل المتفرنجين يميلون عنه إلى التشاريع الوضعية ولو كانت ظالمة لا تتمثل فيها العدالة .

بند [178] إجراءات الطلاق

القانون الفرنسي : بحث هذه الإجراءات موجب لبحث ما يأتي :

1 – من له حق الطلاق .   2 – سقوط الحق .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 299/2 وما بعدها أنه إذا ثبت عسره بالبينة أو صدقته تلوَّم له بالنظر ، وإذا لم يثبت عسره في الثلاثة أسابيع ولم تصدقه فقال الحطاب : الظاهر أنه يحبس إن جهل حاله ليتبين أمره ، ولو غلب على الظن عسره تلوم له ابتداء . وأما ظاهر الملاء فيحبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسره ، إلا أن يحصل لها ضرر بطول المدة فلها التطليق وعمل في التلوم عند الموثقين بسنةٍ وشهرٍ ، ستة أشهر فأربعة فشهرين فشهر .

3 – المحكمة المختصة . 4 – سير القضية .

5 – طرق الطعن في الأحكام . 6 – النطق بالحكم وتنفيذه .

7 – الأعمال التحفيظية مدة سير القضية .

أولًا – حق طلب الطلاق حق شخصي للزوجين فقط فلا يجوز للدائنين مباشرة هذا الطلب ولا للورثة طلبه ولا السير فيه بعد الوفاة . وليس للوصي طلب الطلاق عن المحجور عليه قضائيا ما دام عديم الأهلية ، لكن له أن يمثله قضائيًا إذا كان مدعى عليه ، وللوصي على عديم الأهلية قانونًا تقديم الطلب بالطلاق بناء على طلب عديم الأهلية أو إذنه [1] .

ثانيًا – سقوط الحق : وهو حدوث بعض أشياء تقضي بعدم قبول طلب الطلاق حتى ولو كانت الشكوى محققة أو قريبة الوقوع وأسبابه هي :

1 – الصلح بين الزوجين : وهو سماح المجني عليه من الزوجين في حقه المعتدى عليه فيه الزوج الآخر الجاني . وليس للمحكمة إلا الحكم بالصلح ورفض دعوى الطلاق فهو من الحق العام ، فإن عاد المذنب إلى ما ارتكب صح للمجني عليه من الزوجين الرجوع إلى طلب الطلاق والتمسك بالأسباب الماضية مع الحادثة .

2 – وفاة أحد الزوجين مسقط لطلب الطلاق ما دامت الوفاة حصلت قبل أن يصبح حكم الطلاق غير قابل للطعن فيه وإلا فلا تؤثر فيه الوفاة .

3 – مقابلة المثل : إذا ارتكب أحد الزوجين ما ارتكبه الآخر فلا معنى لعدم قبول طلب الطلاق ، ولكن للزوج الآخر المدعى عليه تقديم طلب الطلاق ليكون الطلاق في صالحه ، وتكون مقابلة المثل مانعة من سماع طلب الطلاق في موضعين :

أولًا – إذا كان سبب الطلاق الحكم على أحد الزوجين بما يخل الشرف ويجلب العار ، وأثبت المدعى عليه أن المدعي قد حكم عليه كذلك فهناك تكافؤ .

ثانيًا – إذا كان سبب الطلاق سوء المعاملة أو الإهانة فوق الطاقة فالمدعى عليه

---

(1) انظر : البنود من 229 إلى 233 في الباب الأول ، من الكتاب السادس ص 54 ، 55 وكذلك البنود من 272 إلى 274 في الفصل الثالث ، من الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 63 ، 64 .

يمكنه بيان السبب المبرر من استفزاز المدعي ولولا ذلك ما اعتدى فيتحقق التكافؤ .
ولا يكون الزنى سببًا في الطلاق إذا أجازه المدعي أو أعانه عليه .

بند [179] التشريع الإسلامي

لا يحتاج الطلاق إلى إجراءات ، فالطلاق له ألفاظ معينة يراد بها حل عقدة الزواج وهو صريح (كطلقتك - أنت طالق - أنت مطلقة إلخ) ، وكناية (كلا عصمة لي عليك - أنت حرام - أنت خالصة - أنت برية إلخ) فألفاظ الطلاق الصريح ما تُحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ [1] ، وألفاظ الكناية الظاهرة هي التي لا تنصرف عن الطلاق إلا بالنية أو غيرها [2] ، وألفاظ الكناية الخفية لا تتوجه إلى الطلاق إلا بنية [3] .

وحق الطلاق حق شخصي للزوج في أصل عقد الزواج ، ولكن قد يملِّكه الزوج لزوجته فتكون عصمتها في يدها فتوقع الطلاق حسب الشرط ، وقد يوكل غيره في إيقاعه ، وقد يخير الزوج زوجته فيتقيد الوكيل والمخير بما وكل فيه أو خير . وقد ينتقل حق إيقاع الطلاق من الزوج إلى القاضي متى كان للزوجة حق في ذلك ومنعها الزوج من إعطائها حريتها وهو ظالم لها ، كما إذا منعها النفقة أو ألحق بها ضررًا ماديًّا كضرب وجرح بلا حق شرعي أو أدبيًّا كما إذا خاصمها أو سبها أو احتقرها بحيث لا تحتمل الإقامة معه ، وكانت أوساطهما والعرف يقضي بذلك . فإن طلبت الزوجة طلاقها ، وثبت ذلك أمره القاضي بالطلاق ، فإن طلق فبها وإلا طلق عليه القاضي أو أمرها هي فطلقت نفسها وحكم به .

للوصي أن يرفع الأمر للقاضي بطلب الطلاق لقاصره إذا كان له الخيار ولقاصرته إذا اعتدى عليها الزوج ، وليس له هو إيقاع الطلاق ؛ لأن الوصي لا يملك ذلك (فالطلاق لمن أخذ بالساق) وناب القاضي بمقتضى الحق العام عن عديم الأهلية .

ليس في الطلاق سقوط حق إلا في الوكالة إذا سحب الزوج توكيله ممن وكله في ذلك أو إذا ملك الزوج طلاق زوجته إليها تطلق نفسها متى شاءت فيسقط حق

(1) قاعدة : الطلاق الصريح ما تُحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ .

(2) قاعدة : ألفاظ الكناية الظاهرة هي التي لا تنصرف عن الطلاق إلا بالنية أو غيرها .

(3) قاعدة : ألفاظ الكناية الخفية لا تتوجه إلي الطلاق إلا بالنية .

الزوج في استعماله هذا الحق ويبقى للمملكة في المدة المقررة ، والطلاق من الزوج أو ممن يملكه لا يحتاج لحكم حاكم فبمجرد نطقه يلزم وتترتب عليه آثاره (1) . وأما الطلاق على الزوج للضرر أو للامتناع عن النفقة فلا بد من حكم قاض به . وليس في الشريعة مقابلة المثل فكل شخص ذكرًا أو أنثى معاقب بما فعل وإزالة المنكر فريضة ، ولا يصح فيها فالصلح بين المسلمين واجب إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرام حلالًا .

ولكن انظر القوانين الوضعية فهي تبيح الصلح في الزنا فلا طلاق متى تم الصلح فأي انحطاط خلقي بعد ذلك .

بند [180] القانون الفرنسي

ثالثًا – الاختصاص وسير القضية : المحكمة المدنية هي المختصة ، ولا يجوز طلب الطلاق تبعًا لجنحة الزنا بالمحكمة الجنائية . ومحكمة المدعى عليه هي التي يقدم إليها الطلب فينصح رئيس المحكمة المدعي لعله يرجع وإلا أمر باستدعاء المدعى عليه وناقشهما فإن لم يتفقا أمر بنظر القضية .

ويجب تحرير طلب الطلاق بواسطة محضر الدعاوى ، ويقدمه المدعي شخصيًا ، فإن كان مريضًا انتقل القاضي ومعه الكاتب إلى محل إقامته ليتلقى منه الطلب يدًا بيد .

طرق الطعن في حكم الطلاق كأي حكم قابل للمعارضة والاستئناف والنقض إلخ ، ولكن له بعض قواعد خاصة به وهي :

1 – إن مدة الاستئناف تمنع التنفيذ لا نفس الاستئناف كما في الأحكام العامة وكذلك مدة المعارضة مانعة من التنفيذ .

2 – مدة المعارضة في حكم الطلاق شهر إن أعلن الحكم في مواجهة المحكوم عليه ، فإن أعلن بواسطة إعلان المحكمة فمدة المعارضة ثمانية أشهر من آخر عمل

(1) جاء في حاشية الدسوقي والشرح الكبير 378/2 أن ألفاظ الطلاق ثلاثة أقسام صريح ، وكناية ظاهرة ، وكناية خفية ... فالصريح هو الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ ، كقوله طلقت وأنا طالق منك ، أو أنت طالق أو مطلقة . والطلاق المنجز هو الطلاق الخالي في صيغته من التعليق والإضافة كقوله : أنت طالق ، أو اذهبي إلى بيت أهلك وينوي طلاقها . وحكمه : أنه ينعقد سببًا للفرقة في الحال ويعقبه أثره بدون تراخ ما دام مستوفيًا لشروطه . فإذا قال لها : أنت طالق ، طلقت للحال وبدأت عدتها .

في الإعلان ، بخلاف الحكم العادي فمدته ثمانية أشهر .

3 - مدة رفع النقض عن قرار محكمة الاستئناف مانع من تنفيذ حكم الطلاق بخلاف الأحكام العادية فلا مانع من التنفيذ ، مع العلم أن النقض يرفع عن حكم نهائي أو قرار من محكمة استئنافية فلا تتزوج المرأة ولا الرجل المطلقان قبل مضي مدة المعارضة والاستئناف والنقض ويجب تسجيل حكم الطلاق في مدة 15 يومًا ، وعلى موظف العقود المدنية تسجيله في مدة 5 أيام ، ويجب إعلان الحكم بالمحكمة التي حكمت به ، وبحجرة محضري الدعاوى ، وفي الجريدة التي تصدر في المدينة [1] .

بند [181] التشريع الإسلامي

من يملك إيقاع الطلاق على التفصيل السابق يوقع الطلاق فيقع بدون احتياج إلى شيء آخر ، فيجوز للزوج بعد وقوع الطلاق أن يتزوج ما كان منه ممنوعًا متى كان الطلاق بائنًا ، ويجوز للزوجة أن تتزوج غير مطلقها بعد انقضاء مدة العدة ، وأما الطلاق الذي يوقعه القاضي فتسري عليه إجراءات الأحكام العامة من معارضة واستئناف ، وأما النقض فلا يوقف تنفيذ حكم الطلاق .

ويجب تسجيل الطلاق متى خيف الإنكار أو الغيبة البعيدة أو المناكرة [2] .

بند [182] احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق

القانون الفرنسي : يجب اتخاذ احتياطات في :

1 - سكن الزوجين . 2 - نفقة الزوجين . 3 - حفظ الأولاد .

---

(1) انظر : البنود من 234 إلى 266 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 55 : 62 .

(2) جاء في الخرشي 148/4 وما بعدها أن لزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ... وإلا فلجماعة المسلمين ، إن لم تجد المرأة أحدًا ممن ذكر فإنها ترفع أمرها إلى جماعة المسلمين والواحد منهم كاف ، كما خرجوا به في باب اليمين ... فتؤجل أربع سنين إن دامت نفقتها ، والعبد نصفها من العجز عن خبره وبهذا فإن المرأة المفقود زوجها في بلاد الإسلام إذا رفعت أمرها للقاضي أو لمن ذكر معه فإنه يكلفها أن تثبت الزوجية وأن زوجها غائب وأنها باقية في عصمته إلى غيبته ثم بعد ذلك يسأل الحاكم من معارف زوجها ومن جيرانه وأهل سوقه ثم يرسل إلى البلد الذي يظن به أنه خرج إليه ويكتب في كتابه صفة زوجها وحرفته واسمه واسم أبيه فإذا عاد إليه الخبر بعد معرفة موضعه ضرب لها الأجل وهو أربعة أعوام .

4 - حفظ الأملاك ، والذي يفصل في هذه الأشياء رئيس المحكمة قبل أن تعرض القضية على الجلسة ، ثم ينتقل الحق للمحكمة ، على أن رئيس المحكمة هو دائمًا قاضي الأمور المستعجلة ، وطبيعة ما يصدر من الأوامر مؤقتة بوجود ما يستدعيها من الأسباب وتتغير تبعًا لها .

يعين رئيس المحكمة محل إقامة المرأة بعيدًا عن زوجها بناء على طلبها ، وعليها ملازمة هذا المحل حتى يفصل في القضية ، ويحكم أيضًا رئيس المحكمة بالنفقة اللازمة لمعيشة الزوج الآخر الذي ليس في يده مال الزوجين ، فإن احتاج الزوج وكان للزوجة إدارة أملاكها فيحكم للزوج بالنفقة عليها .

وعلى الرئيس أو المحكمة النظر في صالح الأولاد فيضعهم مع الأم أو مع الأب أو عند أحد أقاربهما أو أجنبي عنهما حسب ما يرى لمصلحة الصغار ، أما فيما يتعلق بأملاك الزوجين فيأمر رئيس المحكمة بختمها وحصرها وتعيين الزوج عليها حارسًا قضائيًا بحيث لا يجوز له الصرف منها وهذا في المنقولات ، أما العقار والتعهدات فكل بيع أو تعهد بحق للغير يصدر بعد أول أمر من رئيس المحكمة يعتبر غشًا وغير صحيح [1] .

بند [183] التشريع الإسلامي

الطلاق في التشريع الإسلامي لا يحتاج إلى كل هذا لأنه متى أوقعه من يملك الطلاق تفرق الزوجان فلا يتعاشران فيجب على الزوجة العدة ، وعلى الزوج نفقتها مدة العدة ؛ لأنها من توابع الزوجية . وأما الأولاد الذين دون سن الحضانة فحفظهم للأم تقوم بحفظهم وخدمتهم ، وقدّر سن الحضانة بالاستغناء عن خدمة النساء ، ومتى تجاوز الأطفال سن الحضانة أخذهم أبوهم ليقوم بتعليمهم وتربيتهم للمستقبل . ويراعى في الحضانة مصلحة الأطفال ومنفعتهم . أما إذا كان طلب الطلاق من الزوجة أمام القضاء فإن لها ترك منزل الزوجية إلا إذا كانت مظلومة ، ولم ينصفها حاكم كطالبة التطليق للضرر، وكل من طلبت الطلاق فلها المؤونة

(1) انظر : البنود من 267 إلى 271 ، في الفصل الثاني ، من الباب الثاني من الكتاب السادس من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 62 ، 63 .

مدة المرافعة لأنها زوجة مالم يصدر الطلاق ، وما لم يقم بها مانع مسقط للنفقة ، فإن أخرجها الزوج من منزل الزوجية أو ضاررها حتى خرجت أو خشيت على نفسها سطوة زوج لا يخشى اللّه في محارمه ، فعلى الزوج أجر مسكنها مدة المرافعة ومدة العدة بعد الطلاق [1] .

ولا يقضى بالنفقة للزوج على زوجته ، لأن هذا قلب للأوضاع ، وليس بين الزوجين شركة مالية يقتضيها الزواج فلا علاقة إطلاقًا بين الزواج ومال الزوجين .

بند [184] نتائج الطلاق

القانون الفرنسي : يلزم البحث في

1 - علاقات الزوجين فيما بينهما .

2 - علاقات الزوجين والأطفال .

3 - في أي لحظة ينتج حكم الطلاق ما يترتب عليه [2] .

أولًا - نتائج الطلاق في علاقات الزوجين فيما بينهما ، ينتج ثلاثة أمور :

1 - الطلاق يترك وجود الزواج قبل حدوثه مع جميع نتائجه من غير رجوع للماضي فهو كالموت يقطع العلاقات الزوجية في المستقبل .

2 - الطلاق يقطع الزواج في المستقبل . ويترتب عليه انقطاع حقوق الزوجية المترتبة على الزواج : تترك الزوجة استعمال اسم زوجها وتعود إلى استعمال اسمها قبل الزواج ، لا يكون ميراث بين الطرفين ، الشركة في الأملاك التي ترتبت على الزواج تصفى ، وللزوجة طلب إرجاع مهرها إليها ، تعود الحرية للمرأة في كل أعمالها ، وليس للزوج عليها أي حق لا في نفسها ولا في مالها ، يمكن لكل من الزوجين أن يعقد زواجًا آخر فقط على الزوجة ملاحظة العدة عشرة أشهر . ويجوز

---

(1) جاء في الخرشي 159/4 : لو طلقها أو مات فأخذت في العدة ثم حصل لها ضرر في المكان الذي هي فيه ولا يمكنها المقام معه فإنها تنتقل إلى غيره ، والعذر إما سقوطه أو خوفها على نفسها أو مالها لأجل الجار السوء، أو لأجل انتقال جيرانها ، وحولها وجدت وحشة .

(2) انظر : البنود من 295 إلى 301 ، في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 69 ، 70 .

للزوجين المطلقين عقد زواجهما مرة أخرى بينهما ثم ثالثة ورابعة بدون تحديد حسب قانون سنة 1930 فقط عليهما إعلان زواجهما قبل عقده من جديد ، وكان القانون يحرم زواج المطلقين أولًا ، ثم أباحه إلى طلاقين ، ثم أباحه من غير تحديد .

3 – الطلاق ينتج واجبات وحرمانًا من حقوق في جانب المحكوم ضده بالطلاق . فيجب فرض نفقة على المحكوم عليه بالطلاق لزوجه الآخر الذي حكم لمصلحته متى كان محتاجًا وكانت سبل معيشته لا تكفيه ، وهذا كتعويض يتحمله المخطئ ، ولا تتعدى النفقة المفروضة ثلث إيراد المحكوم عليه وأن يتحمل ورثة المحكوم عليه هذه النفقة حتى وفاة المحكوم له .

حرمان المحكوم عليه من الحقوق : الزوج المحكوم عليه بالطلاق لا حق له في الهبة المعطاة له من الزوج الآخر المحكوم له بالطلاق سواء كانت في عقد الزواج أو خارجه لكفرانه بالنعمة ، ولا يأخذ الزيادة المشروطة له عند تصفية مال الزوجية ، ولا يعمل بهذا الشرط المميز له في أي شيء ، فإن صدر حكم الطلاق ضد الزوجين فتلغى العطايا ، ويلغى تمييز أحدهما عن الآخر .

بند [185] التشريع الإسلامي

ينتج عن الطلاق بقاء آثار الزواج صحيحة بلا نقص لساعة الطلاق وقطع علاقات الزوجية بعد الطلاق إلا ما هو من آثار الزواج السابق كالعدة فإن المرأة في حكم المتزوجة من حرمة الزواج ووجوب النفقة على الزوج ، فإن تبين حمل فعدتها بوضع الحمل وإلا فعدتها كما سبق بيانه في العدة فيلحق الولد المولود قبل الطلاق بالزوج قهرًا عنه ، والولد الذي يولد بعد الطلاق كذلك ما لم يولد بعد مدة أكثر الحمل .

ومتى طلقت الزوجة طلاقًا بائنًا أو وقع الطلاق على براءة أو وقع نظير عوض فلا ميراث بين الزوج ومطلقته [1] ، أما إذا وقع الطلاق رجعيًا بأن كانت طلقة

(1) إن اختلعت المريضة من زوجها في مرضها من جميع مالها قال مالك : لا يجوز ذلك . قلت . أيرثها ؟ قال مالك : لا يرثها . قلت : ولا يتوارثان .. قلت : أرأيت إن جعل أمرها بيدها في مرضه فاختارت نفسها فماتت أيرثها ؟ قال مالك : لا يرثها قلت : فإن مات هو أترثه ؟ قال مالك : ترثه . قال مالك لأن الطلاق جاء من قبله . قال مالك : وكل طلاق كان في المرض بأي وجه ما كان فإن الزوج لا يرث فيه امرأته إن ماتت وهي ترثه إن مات . المدونة 241/2 وجاء في الخرشي 18/4 أن الشخص إذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن =

واحدة بلا عوض فالمطلقة في حكم الزوجة إلا في ثلاثة أشياء الاستمتاع والخلوة والأكل معها ، والمطلقة رجعيًا يلحقها الطلاق والخلع والظهار ، ولها النفقة والسكنى ، وترث من زوجها ويرث منها ما دامت في العدة .

وليس في التشريع الإسلامي حمل اسم الزوج حتى تترك استعماله بعد الطلاق ، ولا شركة في الأموال بين الزوجين ناتجة عن الزواج حتى تصفّى ، بل الزواج منفصل تمام الانفصال عن الأملاك التي لكل واحد منهما التصرف المطلق فيما يملك (ما عدا هبة الزوجة أزيد من الثلث) (مالك) [1] .

ومهر الزوجة ملك لها ، عوض عن التنازل عن حريتها الشخصية لزوجها فيما يقتضيه عقد الزواج أو نظير بضع يتمتع به الرجل جبرًا لضعف المرأة ، فلا حق للزوج فيه لا قبل الزواج ولا بعده فهي حرة التصرف فيه ، فإن جرى العرف على تأخير شيء من مهرها يحل لها طلب المؤخر من مهرها بالطلاق البائن (بخلاف الرجعى عند أبي حنيفة) [2] .

ومتى خرجت المرأة من العدة فليس للزوج عليها أي حق فيما كان يقتضيه عقد الزواج وما يتبعه ، فإن كانت في العدة فحكمها كالمتزوجة من لزوم النفقة والسكنى على زوجها ، حتى تخرج من العدة وحينئذ تكون أجنبية تفعل في نفسها ما تشاء . فإن كانت الزوجة غير مدخول بها فلا عدة عليها بعد الطلاق ، وإن قضت عدتها فلها الزواج بغير زوجها متى شاءت وكذلك غير المدخول بها بمجرد الطلاق .

= الرجل لا يرثها ، ولو طلقها مريضة لأنه الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات الرجل فإن المرأة ترثه لأنه فار بطلاقها حينئذ من الإرث ... وأما غير الميراث من الأحكام فحكمها فيه كغيرها .

(1) جاء في الشرح الكبير 307/3 وما بعدها أن للزوج البالغ الرشيد الحجر على الزوجة الحرة الرشيدة في التبرعات الزائدة على ثلث مالها ، ولو كان الزوج عبدًا لأن الغرض من مالها التجمل به والزوج ولو عبدًا له حق في التجمل من مالها دون سيده .

(2) جاء في بدائع الصنائع 409/2 ، 426 أن المهر حق المرأة ، بدليل أنها تملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطًا ، والمهر يجب بنفس العقد وجوبًا موسعًا وإنما يتضيق عند المطالبة ؛ فإذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولا ، لأن حق الزوج في المرأة متعين وحق المرأة في المهر لم يتعين بالعقد ، وإنما يتعين بالقبض فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ، إلا إذا كان مؤجلًا بأن تزوجها على مهر آجل ، دون أن يذكر وقتا فيجوز ، ويقع على وقت وقوع الفرق بالطلاق أو الموت 427/2 .

ويجوز للزوج مراجعة زوجته وإعادتها لعصمته ولو بدون إذنها وبدون رضاها متى كان الطلاق رجعيًا ولم تنقض عدة الزوجة منه فإن طلقها مرة أخرى رجعيًا جاز له مراجعتها [1] .

ثانيًا – ما دامت في العدة بغير رضاها ولا إذنها ، فإن طلقها الثالثة فلا يحل له رجعتها لأن الله يقول : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ [2] ثم يقول : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ [3] .

فإن كان الطلاق بائنًا بينونة صغرى كأن كان نظير عوض أو كان بلفظ يقع به الطلاق بائنًا ، ولم يكن طلق قبل ذلك مرتين فيجوز للزوجين أن يعودا زوجين بعقد ومهر جديدين برضاها وإذنها . وإن كان الطلاق مكملًا للثلاث كأن طلقها مرتين قبل ذلك ، أو كان الطلاق بلفظ الثلاث عند من يرى وقوع الثلاث بلفظ واحد كمالك [4] ، أو كان يفيد الثلاث فلا تحل لزوجها حتى تتزوج زوجًا آخر ، ويدخل بها دخولًا حقيقًا على نية الزواج المؤبد لا على نية تحليلها لزوجها الأول ؛ وإلا فلا تحل له بل ويكون العقد فاسدًا .

وقد أراد المشرع إعطاء فرصة للزوجين مرة ثم مرة لعلهما يعودان إلى رشدهما وصوابهما فيتعاشران بالمعروف ، ويؤسسان عائلة يخيم عليها الهدوء والسكينة ، فإن وقع الطلاق الثالث كان منظورًا إلى الزوجين بعدم صلاحهما لعشرة طيبة فحرم الدين اجتماعهما .

وأما فرض النفقة فدائمًا تكون للزوجة في العدة تنقضي شرعًا ؛ لأن العدة من توابع الزواج فهي محبوسة من جرائه ، ومتى انقضت العدة بالحيض أو بالأشهر أو بالوضع بطلت النفقة ، ولا يحكم للزوج بنفقة على زوجته مهما كانت الأسباب ،

---

(1) جاء في المقدمات لابن رشد 57/2 أن طلاق السنة الذي أمر الله به وعلمه عباده هو أن يطلق الرجل امرأته في طهر من غير جماع طلقة واحدة ، ثم لا يتبعها طلاقًا ، فيكون أحق برجعتها شاءت أو أبت ، مالم تنقض عدتها ، لقول الله ﷻ [فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف] .

(2) سورة البقرة الآية رقم 229 .

(3) سورة البقرة الآية رقم 230 .

(4) جاء في الشرح الكبير 383/2 أنه لو أراد أن ينجز واحدة فقال أنت طالق ثلاثًا فقيل : يلزمه الثلاث في القضاء ويقبل منه ما نواه في الفتوى وقيل : يلزمه الثلاث في الفتوى والقضاء ولا ينوي مطلقًا . وهذا هو الظاهر وهو قول مالك والأول قول سحنون .

وأما تصرف أحد الزوجين في أمواله مدة الزوجية بهبة أو بغيرها فيطبق عليها أحكام الهبة بقطع النظر عن زواج أو غيره ، وأما الهبة لأحد الزوجين فالموهوب له هو الذي يقبضها ، وبقبضه يملكها دون الزوج الآخر ، ولا دخل له في ذلك إلا إذا رأى الزوج أن هبة أحد الناس لزوجته تجر انتقادًا وتجريحًا ، ولا يقصد بها إلا وجه الشيطان فله الحق في منعها من قبضها ويجب على الزوجة طاعة زوجها وردها للواهب [1] .

بند [186] القانون الفرنسي

رابعًا – علاقات الزوجين بالنسبة للأولاد : الطلاق لا ينقص حقًّا من حقوق الأطفال ، ولا يغير لهم حالة مدنية ، وإنما الطلاق يغير حقوق الأبوية ، فللمحكمة كامل الحق في النظر في شأن الأولاد ، والقاعدة العامة هي أن تسلم الأولاد إلى من حكم لصالحه في الطلاق لمباشرة حفظهم وتعليمهم وترتيبهم ، ومع هذا يمكن تغيير ذلك حسب مصلحة الأولاد [2] .

ويحرم الزوج المحكوم عليه بالطلاق من إدارة أموال الأولاد والتمتع بها قضائيًا ، ويحتفظ الزوج المحكوم عليه بالحقوق الآتية :

1 - تعيينه قيمًا أو وصيًا . 2 – حق رشد القاصر .

3 – حق إعطاء إذن بالزواج .

4 – حق رؤية الطفل الذي تحدده المحكمة .

5 – حق ملاحظة تعليم الطفل وإعلام المحكمة إذا لزم الأمر . وحق التأديب فيه خلاف .

وعلى الزوجين اقتسام مصاريف الأولاد كل حسب مقدرته .

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 307/3 أنه ويحجر على الزوجة لزوجها ولو كان الزوج عبدًا في تبرع زائد على ثلثها ، وإن كان تبرعها حاصلًا بكفالة . وفي جواز إقراضها قرضًا لأجنبي يزيد على ثلثها بغير إذن زوجها لرده لها فهو كبيعها ، وله منعها منه ، لأنه معروف كالهبة ، ولأنها قد تخرج لمطالبتها به .

(2) انظر : البنود من 302 إلى 305 في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 70 ، 71 .

بند [187] التشريع الإسلامي

لا علاقة بين الطلاق وبين حقوق الأولاد المقررة لهم شرعًا ، فالأم أحق بحضانة الطفل ذكرًا أو أنثى إلى بلوغه في الذكر والدخول في الأنثى عند مالك [1] ، وعند أبي حنيفة لسن 9 في الذكر و 11 سنة في الأنثى ، ثم يستلمها العاصب أبا أو جدًّا أو أخًا للتعليم والتربية إلا إذا كانت الأم ليست أهلًا للحضانة كأن كانت فاجرة يخشى على الولد منها أو كافرة تغير دين الولد وهو يعقل الأديان ، فإن كان الأب فاسقًا ماجنا مشهورًا بذلك نظر القاضي في مصلحة الأولاد ووضعهم كما يرى . والأب هو الذي يدير أموال أولاده إلا إذا أساء فهو ضامن . وللقاضي بحق الولاية العامة لما فيه المصلحة أن ينزعه منه ويضعه تحت يد أمين . فالأب ولي شرعي على أولاده له تقرير رشدهم متى رأى فيهم ذلك ، وهو ولي مجبر في الزواج ، وله حق رؤية الصغير عند حاضنته كما يراه القاضي ، وهو الذي يلاحظ تعليم القاصر ويؤدبه ، وعلى الأب فقط مصاريف أولاده إلا إذا كان فقيرًا معدمًا فعلى الأم إن كانت غنية ترجع بها على الأب عند يساره ، فإن كان الولد غنيًّا فنفقته في ماله .

بند [188] القانون الفرنسي

في أي لحظة ينتج الطلاق ما يترتب عليه ، يعمل بحكم الطلاق من يوم أن يصبح نهائيًّا غير قابل للطعن ولا يماثل الحكم العادي الذي يعمل به من تاريخ رفع الدعوى [2] .

ما يتصرف فيه الزوج من مال شركة الزوجية وما يترتب عليه من حقوق في مدة سير القضية يكون صحيحًا بالنسبة للزوجة وللشخص الثالث ، فقط للزوجة الطعن في أي عمل تراه عمل بغش من زوجها .

ويستثنى من ذلك أن انحلال شركة الزوجية في أموالها يعتبر من يوم تقديم

---

(1) جاء في الخرشي 207/4 أن الحضانة ثابتة وكائنة للأم كان المحضون ذكرًا أو أنثى ، لكن حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ من غير شرط على المشهور ... والأنثى لدخول الزوج بها ولا تكفي الدعوة إلى الدخول ولا يعتبر هنا البلوغ بالإنبات .

(2) انظر : البنود من 295 إلى 305 ، في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 69 ، 70 .

طلب الطلاق فلا يدخل في القسمة بين الزوجين ما ورثه أحدهما أو ما أعطي إليه في مدة سير القضية فيبقى إلى صاحبه ، وللزوجة أن تطلب حسابًا من زوجها عن إدارته أملاكها مدة سير قضية الطلاق .

بند [189] التشريع الإسلامي

يعمل بالطلاق الصادر من الزوج أو وكيله من وقت صدوره بالنسبة للزوج وبالنسبة للزوجة من وقت علمها إن لم يكن بإشهاد أو مشاعًا يعرفه الناس ، وبطلاق القاضي من يوم أن يصبح نهائيا أي بعد نظره استئنافيًا ، ولا شركة بين الزوجين يقتضيها الزواج .

بند [190] التفريق الجسماني

القانون الفرنسي : وهو إعفاء الزوجين من واجبات الزوجية والمبيت في مسكن واحد بقرار قضائي مع بقاء رباط الزوجية قائمًا ، هذا الحكم مأخوذ من القانون الكنائسي حيث لا طلاق .

بند [191] التشريع الإسلامي

هذا التفريق ليس في الإسلام فإما مطلقة وإما زوجة ولا ثالث لهما . أما جلب الشقاء والتعاسة لزوجين في الحياة بالتفريق بينهما فلا يقبله عقل ، ولا يطابق ما وجد الإنسان لأجله على وجه الأرض ، وفيه كل الظلم ، وفيه مخاز ومعايب ، وترتكب فيه كل أنواع الموبقات .

بند [192] أسباب التفريق الجسماني

القانون الفرنسي : أسباب التفريق الجسماني هي أسباب الطلاق فيمكن للزوج بعد ذكر الأسباب أن يطلب الطلاق أو التفريق ، فلو طلب الطلاق فله طلب التفريق حتى أمام الاستئناف بخلاف العكس . ومن له طلب الطلاق هو الذي يطلب التفريق ، فقط وصي المحجور عليه قضائيًا يطلب التفريق بإذن من مجلس العائلة بخلاف الطلاق ، ويتبع جميع ما يعمل في قضايا الطلاق من كل وجه ما عدا ما يأتي :

1 - لا يجب تقديم الطلب من المدعي شخصيًا كالطلاق .

2 – لا يجوز للمحكمة تأجيل النطق بالحكم النهائي ستة أشهر كالطلاق بل يجب الحكم متى توفرت الأدلة .

3 – مدة الاستئناف لا توقف التنفيذ كالطلاق ولكن الاستئناف بالفعل .

4 – حكم التفريق لا يسجل كحكم الطلاق .

نتائج التفريق :

أولًا – نتيجة الزواج الذي اختفى ، وهو عدم المبيت والسكنى معًا ؛ فتأخذ لها سكنًا آخر ومحل إقامة آخر غير محل إقامة زوجها .

ثانيًا – شركة أملاك الزوجين تحل بحكم التفريق الجسماني فينتج ما يأتي :

1 – تفصل أملاك الزوجين المشتركة فيعطى للزوجة أملاكها الخاصة .

2 – إذا كان للزوجة مهر وجب رده إليها فليس للزوج إدارته ولا الانتفاع به .

3 – إذا كان الزواج على غير نظام الاشتراك فليس للزوج إدارة أملاك الزوجة ولا الانتفاع بها .

التفريق الجسماني ينتج أهلية المرأة لكل عمل قانوني وأنها ليست بحاجة إلى إجازة زوجها . ويجوز للمحكمة أن تأمر الزوجة بعدم حمل اسم زوجها ، كما يجوز أيضًا أمر الزوج بعدم حمل اسم زوجته إذا كان يضيفه إلى اسمه [1] .

نتائج الزواج الباقية : يبقى بين الزوجين من أثر الزواج الأمانة في العرض فيجب على الزوجة عدم خيانة زوجها ، والعقاب هو هو كما لو كانت الزوجية متصلة ، وأما الزوج فلو عاشر غير زوجته في بيته فلا عقاب عليه ؛ لأنه خرج عن منزل الزوجية (العجب العجاب من هذا التشريع الظالم : امرأة يحكم عليها بقمع شهواتها ويسلط عليها القانون ، وزوج يباح له الزنا بلا عقاب !! هذه هي الإباحية بعينها) وما أعدل التشريع الإسلامي في حفظ حقوق المرأة والمساواة بينهما .

يبقى أيضًا واجب المساعدة بين الزوجين فلمن كان في حاجة أن يطلب فرض نفقة فيفرض له ولو كان محكومًا عليه في التفريق ، ويطبق أحكام الأولاد في

(1) انظر : البنود من 306 إلى 311 في الباب الرابع ، من الكتاب السادس ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 71 ، 72 .

الطلاق هنا بلا فارق فقط للمحكوم عليه التمتع القانوني بأملاك الأولاد .

يفقد أحد الزوجين المحكوم عليه كل تفضيل نتج عن الزواج أو بعده كما في الطلاق كما يفقد ما يأتي :

1 – الزوج المحكوم ضده في التفريق لا يرث من المحكوم له بعد وفاته .

2 – الزوج المحكوم ضده في التفريق لا يتمتع بالحق الممنوح بموجب قانون 1866 فيما تركه المؤلف إلى زوجته .

3 – لا يستحق الزوج المحكوم عليه ميراثًا في معاش المحكوم له إذا كان موظفًا يستحق معاشًا من الحكومة .

والفرق بين الحرمان في الطلاق والحرمان في التفريق الجسماني أن الطلاق قطع العلاقة الزوجية بينهما فالحرمان لعدم الزوجية ، وأما في التفريق الجسماني فالحرمان ينصب على المحكوم عليه فقط كعقاب له .

انقطاع التفريق الجسماني : ينتهي التفريق الجسماني بأحد أمور :

1 – بموت أحد الزوجين .

2 – صلح الزوجين على المعيشة كما كانا .

3 – بتحويل التفريق إلى طلاق .

3 – بطلاق جديد لأسباب أخرى .

وليس للصلح شكل مخصوص بل يعودان إلى المعيشة الزوجية ، ولكن ليعلم الناس رجوعهما فيعاملوهما كزوجين يجب عمل إشهاد بذلك يقدمه مسجل العقود ، ويوضع ملخصه بصالة المحكمة خصوصًا التجارية متى كان الزوج تاجرًا ، ويؤشر على هامش سجل الزواج وعلى الحكم بالتفريق ويعلن بجريدة الإعلانات القضائية المحلية .

وينتج عن الصلح أن الحياة الزوجية تعود :

1 – فلا محل إقامة ولا سكن للزوجة غير محل إقامة زوجها .

2 – عودة السلطة الزوجية وعدم أهلية المرأة للتعاقد .

3 – عودة السلطة الأبوية إذا كانت سلبت من الأب .

وبالرغم من عودة الزوجين بالصلح فلا تعود الأملاك كما كانت بل يجب عمل إتفاق خاص لذلك م 1451 .

إذا لم يعلن الصلح بين الزوجين فتبقى الزوجة في نظر الغير دائمًا متفرقة من زوجها ، ولا يعارض الغير بالصلح مطلقًا إلا إذا أعلن ذلك .

تحويل التفرقة إلى طلاق : يجوز للمحكمة تحويل تفريق الزوجين إلى طلاق متى مضى عليه ثلاث سنوات بدون صلح ؛ لأن استمرار هذه الحياة لا يفيد شيئًا ، ويشترط لذلك :

أولًا – لا بد من حكم قضائي بالتفريق الجسماني أولًا فلو تفرقا وديًا فلا يكفي لتحويله للطلاق .

ثانيًا – يشترط أن يمضي ثلاث سنوات من يوم أن صار حكم التفريق نهائيًا إلى ما قبل يوم تقديم طلب التحويل إلى الطلاق .

ثالثًا – يشترط أن يطلب أحد الزوجين تحويل التفريق إلى الطلاق وأن تنطق المحكمة بذلك ، وما على المحكمة متى وجدت الشروط إلا أن تنطق بالطلاق بدون بحث في الموضوع ، والحكم الذي يصدر بتحويل التفريق إلى الطلاق هو كحكم الطلاق من كل الوجوه .

يجوز لأحد الزوجين طلب الطلاق من جديد بعد صدور الحكم بالتفريق ، وذلك قبل مضي الثلاث سنين حتى ولو كان هو المحكوم له في التفريق بشرط أن يبني طلبه على أسباب جديدة حصلت بعد التفريق ؛ لأن الأسباب التي حكم بها في التفريق لا تصلح إلا في طلب استبدال الطلاق بالتفريق .

المؤلف : إنما ذكرت كتاب التفريق وإن كان غير موجود في التشريع الإسلامي إتمامًا للفائدة من الاطلاع على التشريع الوضعي وكيف يكون .

نتيجة المقارنات من بند 170 إلى نهاية بند 190

يتفق التشريعان فيما يأتي : انحلال الزواج بالموت أو الطلاق - الطلاق وهو حل عقدة الزواج - أسباب الطلاق (في الجملة) - سوء المعاملة - احتياطات تحفظية مدة الطلاق (في الغالب) - (سكن الزوجين ، نفقة الزوجة ، حفظ الأولاد) - نتائج الطلاق (في الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : الطلاق بيد القاضي - أسباب الطلاق - (الزنا . الحكم بعقاب بدني قصاصي ومخل بالشرف) - حق الطلاق وإجراءاته - احتياطات تحفظية مدة الطلاق(نفقة الزوج على زوجته ، حفظ الأولاد لمن يرى القاضي ، حفظ الأملاك) - التفريق الجسماني .

بند [193] البُنُوَّة

القانون الفرنسي : البنوة هي الرباط الذي يجمع الأب والولد حينما تعتبر العلاقة التي بينهما من جانب الولد ، فإن اعتبرت العلاقة من جانب الأب سميت أبوة ، فإن اعتبرت من جانب الأم سميت أمومة .

وأنواع البنوة ثلاثة :بنوة شرعية ، وبنوة طبيعية ، وبنوة متبناة .

وينتج عن البنوة النتائج القانونية الآتية :

1 - بالنظر للميراث . 2 - بالنظر لموانع الزواج .

3 - بالنظر إلى الواجبات والحقوق الأبوية .

4 - بالنظر إلى واجبات النفقة .

ملاحظات عمومية : البنوة الشرعية هي الرابطة الموجودة بين ولد وأبويه والمترتبة على زواج ، والذي يريد إثبات أن هذا الولد ولد شرعي لزيد من عائشة مثلًا عليه أن يثبت :

1 - أن هذا الرجل وهذه المرأة زوجان لبعضهما .

2 - أن هذا الولد نتج أو على الأقل ولد في مدة زواج هذين الشخصين .

3 - أن هذه المرأة وضعت هذا الولد نفسه .

4 - أن زوج هذه المرأة هو أب لهذا الولد . يوجد بين إثبات الأبوة والأمومة فرق أساسي ، وهو أن دليل إثبات الأمومة يكون دائمًا مصحوبًا بدليل حسي كالداية والطبيب ومن كان حاضرًا وقت الولادة . وأما إثبات الأبوة فدليله افتراضي اعتمادًا على قيام فراش الزوجية والمبيت مع الزوج وأمانة الزوجة على نفسها ؛ فدليل الأمومة يكون مباشرًا ، ودليل الأبوة يكون غير مباشر [1] .

بند [194] التشريع الإسلامي

البنوة هي نسبة مولود لمن ولد عنه فإن اعتبرتها من جانب الأب كانت أبوة ، وإن اعتبرتها من جانب الابن كانت بنوة فالأبوة أصل ، والبنوة فرع .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

والبنوة نوعان فقط : بنوة شرعية ، وهي التي يبنى عليها الميراث ، وينتج عنها موانع الزواج ، ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية وبنوية . وبنوة طبيعية ، وهي هَدْر بالنسبة للأب ، فلا يترتب عليها أي شيء إطلاقًا كما سيأتي ، وهي كالشرعية بالنسبة للأم ؛ لأنه ولدها على كل حال ، وسيأتي بيان ذلك . وأما البنوة المتبناة فقد ألغاها التشريع الإسلامي لتصحيح الأنساب بلا دخيل .

البنوة الشرعية هي نسبة بين الولد وأبيه والمترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد ، وليس فيه حد (درأ الحد) [1] . وإثبات بنوة الولد الشرعي تعتمد على زواج رجل بامرأة وأن الولد ثمرة هذا الزواج ، أو اجتماع ذكر بأنثى خطأ أو غلطًا أو في زواج فقد شرطا مختلفًا فيه ومنع الحد ، وتعتمد أن الولد وُلِدَ والفراش الزوجي قائم أو بعد حل العصمة لكن في مدة الحمل المقررة شرعًا . ويكفي في إثبات البنوة الشهادة الشرعية أو الإقرار به من الأب أو بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر . وفي الواقع أن الولد للفراش فهو محقق من أمه ؛ لأنها حملته ووضعته وأرضعته ، وهذه أعمال حسية تقام عليها البينة . وأما علوقه من أبيه فهو مفروض من واجب الزوجية في إحصان الزوجين كلاهما الآخر ، ولكن المشرع قضى بأن الولد للفراش إلا إذا كان هناك مانع حسي (كمشرقي على مغربية ، أو كصبي وقت الحمل ، أو خَصِيٍّ أو مجبوب ، أو مقطوع البيضة اليسرى) فينتفي الولد بدون لعان لاستحالة الحمل متى نفاه الأب وإن كان الفراش قائمًا فإن لم ينفه فهو ولده [2] .

بند [195] دليل شرعية الولد

القانون الفرنسي : الولد الشرعي هو الذي حملت به أمه مدة قيام الزوجية بين

---

(1) قاعدة : البنوة الشرعية هي نسبة بين الولد وأبيه مترتبة على زواج صحيح أو زواج فاسد ليس فيه حد .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه ينتفي الحمل والولد بلعان معجل لا بغيره ... إلا أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كستة أيام فينتفي حينئذ بغير لعان ، لقيام المانع الشرعي ، أو تأتي به وهو أي الزوج صبي حين الحمل أو مجبوب فينتفي عنه الولد بغير لعان لاستحالة حملها منه حينئذ ، ومثله مقطوع الأنثيين أو البيضة اليسرى فقط على الصحيح ، وكذا لو ادعت الحمل امرأة مغربية بعد العقد عليها على زوج لها مشرقي مثلًا وتولى العقد بينهما في ذلك وليهما ، وهما في مكانهما أي المغرب والمشرق ، وعلم بقاء كل من الزوجين في محله ، إلى أن ظهر الحمل فإنه ينتفي عنه بغير لعان لقيام المانع العادي .

أبيه وأمه ، ولكن القانون قد ألحق به الولد الذي حملت به أمه قبل عقد الزواج والذي ولد بعد إعلان زواجهما ، والولد الذي يدعي شرعيته عليه إثبات شيئين (1) :

أولًا – زواج من يدعي أنه وُلِدَ منهما وقد تقدم ذلك في محله .

ثانيًا – حمله وولادته على الأقل في مدة الزواج .

فتحديد زمن الولادة بالضبط سهل سواء باستخراج شهادة الميلاد أو شهادة من حضر الولادة .وتحديد زمن الحمل يرجع إلى اعتبار أقل مدة الحمل مائة وثمانين يومًا ، وأكثره 300 يوم ثلاثمائة يوم ، فمن ولد لأقل من 180 يومًا من تاريخ الزواج لم يكن شرعيًا ، ومن ولد لأكثر من 300 يوم بعد حل الزواج لم يكن شرعيًا ، ويبتدأ الزمن من وقت الزواج ومن وقت حله .

بند [196] التشريع الإسلامي

الولد الشرعي هو الذي حملته أمه مدة قيام الزوجية الصحيحة أو من حملت به المغلوط فيها أو المخطأ فيها أو من كان نكاحها فاسدًا ، والذي وضعته أمه بعد الدخول بستة أشهر كاملة أو قبل مضي أربع سنين من وقت انحلال الزواج ، ولم ينفه الزوج أو يلاعن زوجته في نسبه (مالك والشافعي وأحمد) (2) أو سنتين (أبو

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو وطئها بعد وضع ولد بشهر مثلًا وأمسك عنها ، ثم أتت بولد بعد مدة من الوطء الأول لا يلحق فيها الولد بالزوج لكثرة كخمس سنين ، لأنه لا يكون هذا الولد تكملة للحمل الأول لأنه قد فصل بينهما بأكثر من ستة أشهر ولا من الوطء الثاني لأن أقصى أمد الحمل خمس سنين وهذا قد أتت به بعد مدة أكثر منها .

* مذهب الشافعية : أنه لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يكن إمكان الوطء . فإذا نكحها وطلقها في المجلس وغاب عنها غيبة بعيدة لا تحتمل وصول أحدهما إلى الآخر ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة أو يسرى العقد والزوجان متباعدان ... وأتت بولد لستة أشهر من حين العقد ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان . انظر الكافي ص 289 والمقنع ص 256 .

وجاء في المغني لابن قدامة ، إن أتت امرأته بولد نظرنا فإن كان مثل عشر سنين لم يلحقه الولد ، ويكون منفيًا عنه ، لأن العلم يحيط بأنه ليس منه ، فإن الله لم يجر العادة بأن يولد لمن دون ذلك فينتفي عنه ، كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها ، وإن كان ابن عشر فصاعدا . قال ابن حامد : يلحق به . قال القاضي وهو : ظاهر كلام =

حنيفة) [1] ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر ولو بستة أيام انتفى نسبه من أبيه متى نفاه ، فإن وضعت حملها دون أقصى أمد الحمل كما لو ولدته بعد انقضاء العدة بسنة أو سنتين أو ثلاثة لحق بالزوج ما لم ينفه بلعان . فإن تعاشر الزوجان بلا عقد وحملت ، ثم تعاقدا زواجًا شرعيًا فإن ولد الحمل لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه من أبيه إلا إذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا .فالزواج اللاحق لا يصحح فعلًا فاسدًا قبله ، ولا يجعل نتائجه شرعية من حيث هو فاسد ، لكن للزوج ادعاء الولد متى لم يقل : إنه من الزنى [2] .

والولد الذي يدعي بنوة شرعية عليه إثبات ذلك بشهادة رجلين عدلين ، وتكفي بينة السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب .

بند [197] القانون الروماني

البنوة الشرعية : وهو عمل به يصير الولد الطبيعي تحت سلطة رب العائلة وهو الأب يجعل المعاشرة الحرة زواجًا شرعيًا ، ويمكن جعل الولد شرعيًا بأحد أمرين : أولًا- بالزواج اللاحق من الأب والأم ، فيصير الأولاد شرعيين : الموجودون منهم واللاحقون ، وقد اشترط لصحة ذلك :

1 - كون الزواج ممكنًا قانونًا بين الأب والأم وقت حمل الطفل .

2 - يجب أن يحرر عقد المهر ليفصل بين المعاشرة الأولى والزواج الشرعي .

3 - يلزم رضا الطفل بالاعتراف ببنوته .

ثانيًا - بصدور دكريتو [3] من الملك يجعل الولد شرعيًا في حالة عدم إمكان الزواج للغيبة أو زواج الأم بغير أبيه إلخ . ويشترط :

= أحمد ، ومذهب الشافعي . لأن الولد يلحق بالإمكان وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت به بالأربع سنين مع ندرته .

(1) جاء في الدر المختار 351/3 وما بعدها أن المطلقة طلاقا رجعيا يثبت معه نسب الولد ، ولو جاء لعشر سنين بعد الطلاق أو أكثر ولو واحدة بائنة فلا بد أن تأتي به لتمام سنتين أو أقل بعد أن يكون لأقل من ستة أشهر .

(2) إنما يستلحق الأب مجهول النسب لتشوف الشارع للحوق النسب ، ولولا أن الشرع خصه بالأب لكان استلحاق الأم أولى لأنها اشتركت مع الأب .

(3) Décret - Loi كلمة فرنسية بمعنى مرسوم اشتراعي ، مرسوم بقانون المنهل ص 359 .

1 – كون الزواج ممكنًا وقت الحمل . 2 – عدم معارضة الولد في ذلك .
3 – عدم وجود ولد آخر من زواج ثان [1] .

بند [198] القانون الفرنسي

وقد اعتبر القانون الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولدًا شرعيًا ، ولكن يمكن للأب نفيه ؛ فنسبته للأب ضعيفة متوقفة على قبوله ، وفي تعليل آخر أنه ولد طبيعي ، ولكن القانون ألحقه بالولد الشرعي ؛ لأن الزوج أراد إصلاح ما أفسده فعقد رسميًا ، وكذا يلحق الولد الذي يولد بعد ثلاثمائة يوم من حل الزواج بأبيه إذا لم ينف نسبه عنه أو يعارض في ذلك من له مصلحة في ذلك ، وبذا يكون كالولد الشرعي له ماله من حقوق .

فإذا غاب زوج غيبة قانونية ، ولا يُدْرَى أميت أم حي وبعد مضي 300 يوم وضعت زوجته ولدًا فلا يلحق بأبيه لعدم التحقق من وجوده على قيد الحياة [2] .

بند [199] التشريع الإسلامي

لم يعتبر المشرع الإسلامي الولد السابق على الزواج سواء بحمله أو بميلاده ولدًا شرعيًا ؛ لأن وجوده لم يستند لعقد أو عمل يجعله شرعيًا ، فإن تحقق حمله قبل الزواج لا يحل الوطء حتى تضع الحمل ، بل ولا العقد إذا كان من غير أبي الحمل ، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر انتفى نسبه بمجرد النفي . فإن ادعاه ولدًا صح ذلك بالشروط المقررة من كونه بالغًا عاقلًا يؤخذ بإقراره ، لا يكذبه عقل ولا عرف ولا عادة ؛ إذًا ليس ولدا شرعيًا بنص التشريع .

والولد الذي يولد بعد انقضاء العدة وفي مدة أقل من نهاية الحمل (أربع سنين) يلحق بالزوج إلا إذا لاعن زوجته أن هذا الولد ليس منه ، فإن تم التلاعن بينهما نُفي الولد عن الأب ولحق بأمه ، وللورثة الحق في معارضة مدعي الأمومة أو الأبوة بعد الوفاة ، وعلى المدعي إثبات مدعاه بالبينة الشرعية تشهد بالسماع الشائع من الثقات وغيرهم ، ومتى أثبت ذلك فهو ولد شرعي للمتوفى ، والولد الذي يولد

---

(1) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول « في النكاح الصحيح » من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 20 – 24 .

(2) انظر : البنود 312 إلى 318 في الفصل الأول ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

بعد أقصى مدة الحمل لا ينسب إلى زوج تلك المرأة السابق إطلاقًا فليس في حاجة إلى نفيه أو ملاعنة أمه ، اللهم إلا إذا ادعاه ولدًا له بالشروط المارة فيلحق به .

فإن غاب الزوج غيبة منقطعة بحيث لا يدري إن كان حيًّا أو ميتًا وتحقق عدم معرفة أخباره ، ثم عاد فوجد مع زوجته أولادا حُمل بهم مثلًا ، ورأوا الحياة أثناء غيبته الطويلة فله ملاعنة زوجته ونفي نسب هؤلاء الأولاد ، فإن لم يعد جاز للورثة منازعتهم في أبوتهم حيث كانت ولادتهم بعد غيبة أبيهم لأقصى مدة الحمل أي ولدوا بعد أربع سنين من غيبة أبيهم فعليهم إثباتها وإلا فهم للفراش ، فإن الفراش محقق قبل الغيبة يتبعه مدة أقصى الحمل ، ثم يكون الفراش مشكوكًا فيه قطعًا فعليهم الإثبات متى عارضهم ذوو الحقوق المترتبة على الوفاة (1) .

بند [200] إثبات البنوة

القانون الفرنسي : متى أثبت من يدعي البنوة زواج الرجل والمرأة المدعى عليهما أنهما ولداه ، وأثبت أنه حُمِل به أو ولد مدة الزوجية فعليه أن يثبت بنوته بالطريق الذي رسمه القانون كما يأتي (2) :

أولًا – شهادة الميلاد وهو الطريق الطبيعي لإثبات الشرعية ، فتدل على ولادة المدعي . فقط تذكر اسم الأم ممن حضروا وقت الولادة ، وبلغوا عنها لقيد الطفل ، فهي تفيد اليقين متى كان الزواج موجودًا قانونًا ؛ لأنه لا معنى للغش والتدليس في حالة يبعد فيها الشك فتثبت الأمومة ، ولكن إذا عارضت الأم في ذلك أمكن إثباتها بكل الطرق ، فشهادة الميلاد تثبت الأمومة صراحة والأبوة بطريق غير مباشر .

ثانيًا – بالصفة القائمة في حال عدم وجود شهادة الميلاد يقوم مقامها الصفة القائمة ، وهي مجموعة أفعال تدل على علاقة البنوة والقرابة بين شخص وعائلة يدعي أنها له .

والأفعال الأساسية هي :

الولد يحمل دائمًا اسم الأب المدعى به ، وأن الأب المذكور يعامله كولده

(1) جاء في حاشية الدسوقي 487/4 أنه يوقف نصيب المفقود وما اختلف فيه حاله من نصيب غيره فإن ثبتت حياته أو موته ببينة فالأمر واضح .

(2) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 74 : 76 .

ويتولى تعليمه والإنفاق عليه والمبيت معه ، وهو معروف بهذا لهذه العائلة ، ويجتمع ذلك في حمل الاسم ، والمعاملة ، والتعاهد ، والشهرة .

ويجب في الصفة القائمة أن تكون من الأبوين معًا فإن كانت من أحدهما فقط فهو ولد طبيعي ، ويجب أن تكون الحالة مستمرة من يوم ولادته إلى وقت ادعائه .

ولا يقدم دليل على إثبات الحالة حيث أنه يشترط وضوحها لكل الناس ، ولو فرض وعارضه فيها المدعى عليهما فله إثبات ذلك بالشهود .

فإن توافر وجود شهادة الميلاد والصفة القائمة فقد تحقق أنه ولد شرعي ، وإن توافر وجود الصفة القائمة دون شهادة الميلاد ثبتت الأمومة حقيقة والأبوة تبعًا لها ، ولكنها أقل من الأولى فيجوز لأحد الأبوين معارضة الولد في الصفة القائمة لجواز إظهار أن ولدهما قد مات أو أنهما عقيمان ، وإن توفرت شهادة الميلاد فقط فتثبت بها البنوة ، ولكنها تكون معرضة لمعارضة ثالث أو لطلب الصفة القائمة .

فإن عدمت شهادة الميلاد والصفة القائمة كأن ترك الولد فتربى عند آخرين فيجوز له أن يعارض في حالته كما يجوز لمن يهمهم الأمر فتقدم شهادة الميلاد على الصفة القائمة بشرط أن ألا يكون فيها نزاع .

ثالثًا – إذا لم توجد شهادة الميلاد أو صفة قائمة فيكون دليل البنوة الشهود فيثبت الشهود أمرين :

1 – ولادة المرأة المدعى أنها أم .

2 – تحقيق شخصيتها مع الولد الذي وضعته ، وبذا تثبت الأمومة ، وأما الأبوة فتثبت تبعًا لهذا بقرائن الأحوال .

ولكن لم يقبل القانون الشهود مجردة من كل قيد ، بل اشترط لقبول شهادتهم وجود ما يفهم منه كتابة أيا كانت رسمية أو عرفية أن هذا الولد قد يجوز أن يكون ولدًا شرعيًا (يعني شبه دليل كتابي) أو وجود علامات ، فتعتبر قرائن أحوال على أنه يمكن إقامة الدليل بكل الطرق على نفي شهادة الشهود .

بند [201] التشريع الإسلامي

البنوة الشرعية تثبت بالإقرار من الأب أو بشهادة الشهود على السماع الشائع

من الثقات وغيرهم بالنسب المدعى به [1] ، وأن الإقرار والشهادة عليه أو الشهادة الشرعية على النسب تتضمن كل وقائع الدعوى من أن المدعى عليه فلان بن فلان ابن فلان رزق بالمدعي ولدًا شرعيًا له من نكاح شرعي صحيح من أمه فلانة بنت فلان بن فلان ، فالطالب ولد للمدعى عليه بصحيح النسب ، وهو مع ذلك ينكر بنوته فيطلب الحكم له بإثبات بنوته من المدعى عليه إلخ . ودليل هذه الدعوى قد يكون كتابيًا كشهادة الميلاد المذكور فيها رزقه من أبيه وأمه فلان وفلانة ، وهي شهادة القابلة المدونة رسميًا فهي حجة على ما تدون بها مما وجدت له حتى يثبت خلافه فإن ادعى البنوة وقدم إشهاد الميلاد فعارضه الأب بأنه لم يتزوج قط ، أو أن أمه عاقر ولم تلد إطلاقًا ، أو أقام دليلًا حسيًا على أنه لا يولد مثله للمدعى عليه بطل الاستدلال بالدليل الكتابي ، وقد يكون الدليل الكتابي اعترافًا من المدعى عليه كذلك .

وقد يكون الدليل للبنوة شهادة شهود فمتى كانوا عدولًا طابقت شهادتهم الدعوى ولو شهودا على الصفة القائمة التي لا تدع مجالًا للشك في أن هذا الولد ولد المدعى عليه ، وكان هذا السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب ، وللمشهود عليه الحق في أن يبين للقاضي وجه خطئهم في الشهادة وكل ما يجرح شهادتهم ، فإن كان بحق رد القاضي شهادتهم كأن كان الشهود مؤجرين يحترفون الشهادة أمام المحاكم أو كانوا مشهورين بالفسق والفجور والمجون (والصفة القائمة في القانون الفرنسي هي السماع الشائع من الثقات وغيرهم بهذا النسب) .

إن ثبوت النسب لا يكون تبعيًا [2] بمعنى أنه إذا ادعى بنوته من زيد وأمومته من زوجته هند ، فأقام بينة فشهدت بأمومته من هند فقط ، ولم يسندوا ولادته للفراش القائم بين زيد وهند تثبت أمومته فقط دون أبوته فيتوارث مع أمه وغيره من أولادها إخوته لأم .

ونفي النسب عن الأم أو الأب يكون بالعجز عن إثباته شرعًا لا غير فلا ترفع دعوى نفي نسب منهما أو من أحدهما . إنما إذا علم الزوج أن زوجته زنت وأن هذا الولد ليس منه جاز له أن يرميها بالزنا وأن يلاعنها ، ومتى تم ذلك انتفى عنه نسب هذا الولد تبعًا لذلك . وبالاختصار فالتشريع الإسلامي يعتمد في إثبات

---

(1) قاعدة : البنوة الشرعية تثبت بالإقرار من الأب أو بشهادة على السماع الشائع من الثقات وغيرهم بالنسب المدعى به .

(2) قاعدة : ثبوت النسب لا يكون تبعيًا .

النسب على الإقرار اللفظي أو الخطي أو شهادة الشهود حتى ولو بالسماع الشائع ؛ لأن المشرع يشتاق إلى إثبات النسب أكثر من الضياع ، ولكن بطريق الإثبات الشرعي (1) .

التشريع الإسلامي لم يرتب أدلة إثبات البنوة بل أباح للمدعي إثباتها بالبينة الشرعية وهي في إثبات النسب عدلان مقبولا الشهادة شرعًا ، وفي إثبات الولادة وذكورته وأنوثته امرأتان عدلتان فيثبت نسبه إلى أمه وتوارثهما بذلك (2) .

وأما ثبوت الأبوة تبعًا لثبوت الأمومة فغير معتبر شرعًا إلا إذا كان الفراش قائمًا يعني الزواج الشرعي موجودًا ، وأثبت المدعي بالبينة الشرعية أبوته وأمومته وقد سبق ذلك . ولا يشترط شبه دليل كتابي ولا وجود قرائن ، وللمدعي عليه دائمًا الحق في بيان عدم صحة الدعوى وما أقيم عليها من دليل (3) .

بند [202] الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية

القانون الفرنسي : الدعاوى المتعلقة بالبنوة تكون :

1 - دعوى المعارضة في الصفة القائمة .

2 - دعوى نفي الأبوة .

3 - دعوى الحكم بالحالة القائمة أو بالبنوة .

4 - دعوى المعارضة في شرعية الولد .

أولًا - دعوى المعارضة في شرعية الولد ، وهي الدعوى التي ترفع بقصد إثبات

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 412/4 أنه إنما يستلحق الأب . والاستلحاق هو ادعاء رجل أنه أب لمن يدعي لحوقه به . والقاعدة أنه إنما يستلحق الأب ولو كذبته أمه لتشوف الشارع للحوق النسب الخرشي 101/5 .

(2) جاء في الخرشي 100/5 وما بعدها أنه : إن أقر عدلان بثالث ثبت النسب . يعني أن العدلين إذا أقرا بثالث فإنه يثبت نسبه ويرث ، كأخوين أقرا بثالث ، ومراده بالإقرار الشهادة لأن النسب لا يثبت بالإقرار ، لأنه قد يكون بالظن ولا يشترط فيه العدالة . والشهادة لا تكون إلا بتًّا ويشترط فيها العدالة ، لأن النسب لا يثبت بالظن .
جاء في حاشية الدسوقي 189/4 أن - النسب والإرث يثبتان بشهادة امرأتين بالولادة والاستهلال للمولود وعليه فإن شهدتا بالولادة والاستهلال ورث من مات قبل ذلك وورثه وارثه .

(3) للمدعى عليه هذا الحق فيما قرره فقهاء المذهب المالكي ، كما أن للمدعي المطالبة بوقف المدعى به ومنع المدعى عليه من التصرف فيه إلى أن يأتي ببينة تشهد له على دعواه المجردة من البينة . حاشية الدسوقي 191/4 .

أن هذا الولد لا حق له في صفة ولا حقوق الولد الشرعي .

وأحوال مباشرة هذه الدعوى :

1 - ولد ولد لأكثر من 300 يوم من تاريخ انحلال الزوجية بين أبيه وأمه .

2 - في حالة ادعاء أن أب الولد وأمه لم يكونا زوجين قانونًا .

3 - ولد ولد قبل زواج أبويه .

والذي يباشر هذه الدعوى كل شخص له مصلحة في ذلك خصوصًا الورثة ، وعلى المحكمة الحكم طبق القانون ، وليس لها تقدير موضوع الدعوى بالنظر لظروف خاصة (1) .

بند [203] التشريع الإسلامي

لا ترفع دعوى في التشريع الإسلامي مباشرة لنفي نسب ، وإنما نفي النسب يأتي تبعًا لملاعنة الرجل زوجته (2) ؛ فلا يرفع الأب ولا الأم دعوى على ولد بأنه ليس ولدًا لهما أو لأحدهما لأنها دعوى نفي مطلق ، ودعوى النفي المطلق لا تقام عليها بينة (3) ، ويثبت نفي نسب الولد عن الأب أو الأم بعجز الولد المدعي عن إثبات أبوته أو أمومته .

وينتفي الولد عن أبيه متى لاعن أمه ونفاه عن نفسه مدعيًا أنها زنت ، وهذا الولد ثمرة الزنى ، وأحوال اللعان تكون :

1 - من رأى زوجته تزني ، ولا بينة عنده تشهد معه ، وهي أربعة عدول رأوا رأي العين ، أو تحقق من زناها بما لا يدع مجالًا للشك في أنها ارتكبت هذه الفاحشة فله ملاعنتها بأن يقسم باللّه أربع مرات أنها لزنت ، والخامسة أن لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد باللّه أنها لم تزن أربع مرات ، وفي الخامسة أن غضب اللّه عليها إن كان من الصادقين فيفرق القاضي بينهما فراقًا أبديًا ، فإن

---

(1) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول .

(2) قاعدة : لا ترفع دعوى مباشرة لنفي النسب وإنما يأتي نفي النسب تبعًا لملاعنة الرجل زوجته .

(3) قاعدة : دعوى النفي المطلق لا تقام عليها بينة .

أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤيا فقد انتفى نسبه عن أبيه ، فإن أتت بولد قبل ستة أشهر من يوم رؤية الزنا لحق بالزوج ؛ لأنه تبين أن الحمل كان موجودًا قبل الزنا فهو منه إلا أن يكون قد استبرأها بحيضة قبل رؤيتها تزني فله الاعتماد على ذلك وانتفى نسبه بعد اللعان [1] .

2 - إذا عقد الزواج ولم يطأها أصلًا أو وطئها وأتت بالولد لأقل من ستة أشهر أو بعد خمس سنين من هذا الوطء يعني من الوطأة الأولى لم يطأها بعد لخمس سنين ، ثم وضعت أو ظهر عليها الحمل فللزوج ملاعنتها في هاتين الحالتين ونفي الولد عنه [2] .

3 - إذا كانت الزوجة حاملًا ووضعت حملها أو تركها بلا وطء حتى رأت حيضة ، ولم يطأها بعد الوضع أو الاستبراء بالحيضة ، ثم وضعت ولدًا بعد ستة أشهر جاز له ملاعنتها ونفي المولود عنه [3] .

4 - من انقضت عدتها أو مضى زمن عدتها ، وأتت بولد ، إن كان دون أقصى مدة الحمل وهي أربع أو خمس سنين لحقه الولد ، وله الحق في نفيه بلعان ، فإن تم التلاعن ، أو نكلت وحُدَّت انتفى عنه نسب الولد . وإن أتت به بعد أقصى مدة الحمل لا يلحق به أصلًا بلا لعان ، فإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من العقد ولو ستة أيام انتفى عنه الولد بلا لعان ؛ لأن الدخول الحسي غير موجود .

ودائمًا الولد الشرعي يكون من زواج صحيح أو فاسد لشرطه ومنع حد الزنا أو

---

(1) جاء في حاشية الدسوقي 458/2 أنه إذا لاعنها بسبب الرؤية أو ما في معناها من العلم بالزنا فأتت بولد كامل لستة أشهر أو أنقص منها بخمسة أيام ، وإلا بأن ولدته كاملًا لدون ستة أشهر إلا خمسة أيام بأن ولدته لستة أشهر إلا ستة أيام فأقل من يوم الرؤية لحق به ... إلا أن يدعي الاستبراء قبل الرؤية بحيضة فإن ادعاه لم يلحق به وينتفي بذلك اللعان إذا كان بين استبرائه ووضعها ستة أشهر فأكثر فإن كان أقل من ستة أشهر إلا خمسة أيام فإنه يحمل على أنه موجود في بطنها حال الاستبراء والحامل قد تحيض .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو أتت بولد (لمدة لا يلحق الولد فيها بالزوج إما لقلة كخمسة أشهر فأقل بين الوطء والولادة فإنه يعتمد في ذلك على نفيه ويلاعن فيه أو لكثرة كخمس سنين فأكثر فإنه يعتمد في ذلك على نفيه ويلاعن فيه .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 460/2 أنه لو لم يطأها بعد استبراء بحيضة وأتت بولد لستة اشهر فأكثر من الاستبراء فيعتمد في نفيه على ذلك ويلاعن .

غلط في الذات أو في الصفة أو نسيان .

والذي يلاعن هو الزوج فقط ولو من نكاح فاسد وهو الذي ينفي النسب . وللورثة إذا مات مورثهم وادعت زوجته ولدًا بعد مدة العدة أن يعارضوه في ادعاء البنوة الشرعية متى كان لهم سبب صحيح شرعًا في هذه المعارضة . وكذا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من العقد أو إذا كان هناك مانع طبيعي يمنع الوطء والولادة مثلًا ، وعلى المحكمة مراعاة النصوص الشرعية وتطبيقها على كل حادثة بما يناسبها شرعًا .

وبما أن نفي الحمل أو الولد أمر خطير خصوصًا في هذه المواضع فإنه لا ينتفي الحمل ولا الولد فيها إلا باللعان وحكم الحاكم ولو تصادق الزوجان على نفي النسب ، ويلحق بالأب النسب وإلا حُدَّ وبما أن الرمي بالزنى أو نفي الحمل أو الولد لهذه الأسباب معناه أنها زانية وهو قذف شرعًا ، فإن لاعنت انتفى عنها الحد ، وانتفى نسب الولد عن أبيه . وإن نكلت - أي امتنعت عن اللعان - أُجرِي عليها الحد بالرجم حتى تموت لأنها مُحْصَنَة قد زنت ؛ وانتفى نسب الولد عن الزوج ؛ لأن نكولها قد صدق دعوى الزوج في أنه ليس منه . والمراد بالولد هنا المولود فيشمل الذكر والأنثى بلا فارق بينهما في الأحكام .

بند [204] القانون الروماني

دليل الأبوة لا يسمع مباشرة ، ولكن بطريق الافتراض متى وجد أحد أمرين .

1 - متى ثبت أن الطفل علق به مدة الزواج كان الزوج أباه .

2 - الطفل الذي يولد بعد حل الزواج بالموت أو الطلاق يلحق بأبيه متى ولد بعد حل الزواج في 300 يوم أطول مدة أو 189 يومًا أقصر مدة من ابتداء الزواج [1] .

بند [205] القانون الفرنسي

ثانيًا - دعوى إنكار الأبوة ، وهي التي يريد فيها الزوج إظهار أنه ليس أبًا للولد الذي ولدته زوجته بحكم قضائي ، يريد نفي قرائن الأحوال المفروضة في الأبوة . ولما كانت الزوجة قد تخون زوجها فلا يصح تحميل الزوج بنوة هو منها بريء ،

---

(1) انظر : الباب العاشر ، من الكتاب الأول في النكاح الصحيح من مدونة جوستينان في الفقه الروماني ص 20 - 24 .

ولكن هذا الإنكار قد يجر على الزوجة وعلى أهلها ما يمس شرفهم فقيده القانون وقيد من يستعمل هذا الحق [1] .

أحوال مباشرة هذه الدعوى :

1 - استحالة معاشرة الزوج لزوجته استحالة جسمانية .

2 - كتم ولادة المولود .

3 - ولادة الولد قبل أوانه لمدة أقل من 180 يومًا من تاريخ الزواج .

4 - وجود قضية طلاق أو تفريق جسماني .

فالسببان الأخيران قطعيان في الدلالة فلا تملك المحكمة تقديرهما ، ولكنها تحكم قطعًا ، والسببان الأولان يترك للمحكمة تقديرهما ، فيجوز لها قبولهما أو رفضهما حسب الظروف وتقدير المحكمة وتفصيل ذلك .

1 - استحالة المعاشرة ، على الزوج إثبات عدم المعاشرة مدة الحمل في الولد يعنى من أول 300 يوم إلى (180 مائة وثمانين يومًا) قبل الولادة ، وتنتج الاستحالة عن غياب الزوج مدة حمل الولد أو كان مسجونًا أو لم يكن بينهما أي علاقة اتصال ، أو نتج من عارض مَنَع الزوج من اتصاله بزوجته كجرحه ، أو إجراء عملية جراحية جعلته غير قادر علَى اتصاله بزوجته ، وأما عدم القدرة الطبيعية الناتجة من عيب داخلي في تكوينه أو من ضعفه أو من مرض فلا تكون سببًا لإنكار البنوة .

2 - كتم ولادة الولد ، اشترط القانون لصحة إنكار الولد في كتم الولادة ما يأتي :

1 - يلزم إثبات خيانة الزوجة وبهذا يمكن نفي الأبوة ، ولكن لا ينفيها قطعًا .

2 - يجب وجود إخفاء الولادة .

3 - يجب تقديم أعمال خاصة لهدم الأبوة المفروض وجودها كمرض الزوج أو تقدم سنه .

ويرى المتشرعون ما يأتي وجرى العمل عليه في كثير من المحاكم :

1 - إثبات إخفاء ولادة الطفل .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 في الفصل الأول ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

2 – إثبات كل الأفعال الخاصة لإثبات أن الزوج ليس أبًا للولد ، أما إثبات الزنا فليس بلازم إقامة الدليل عليه منفردًا .

ثالثًا – ولادة الطفل قبل 180 يومًا من عقد الزواج : إذا ولد الولد بعد الزواج لأقل من 180 يومًا كان معتبرًا شرعيًا ، لكن هذا الاعتبار القانوني متوقف على عدم إنكار بنوة الطفل ، فإن أنكره أبوه فدليله شهادة الميلاد ، ويجب الحكم فيما طلبه ، وذلك لأن حمله تبين وقوعه قبل وجوب المبيت والأمانة للزوج فوقع شك تأيد بالوضع لأقل من 180 يومًا .

ومع هذا فيسقط حق الأب في إنكار البنوة في ثلاثة مواضع :

1 – متى علم الزوج بالحمل قبل الزواج فزواجه يعتبر قبولًا للولد .

2 – متى حضر إشهاد الولادة وأمضى أو كان هو المبلغ ، ولا يعرف القراءة والكتابة .

3 – متى ولد الولد غير قابل للحياة .

رابعًا – وجود قضية الطلاق أو التفريق الجسماني ، يجوز للزوج نفي أبوته في حالة وجود حكم أو حتى طلب الطلاق أو التفريق ، بمعنى أن الزوجة متى وضعت بعد 300 يوم من تاريخ قرار المحكمة بسكنها بعيدًا عن زوجها ، أو وضعت لأقل من 180 يومًا من تاريخ رفض دعوى الطلاق أو التفريق أو من تاريخ الصلح ، فللزوج نفي أبوته عنه ، وتحكم المحكمة بلا حق نظر وتقدير .

بند [206] التشريع الإسلامي

الحكم الشرعي أن الولد للفراش متى كان قائمًا ، (1) فالمفروض أن المولود بين زوجين نتج عن معاشرة وسكنى ومبيت وإفضاء ، ولكن هذا على إطلاقه قد يحمل الزوج نسب غيره ، أو يجوز أن يكون الزوج لا يخشى الله ، وهو ممن يحبون أن تشيع الفاحشة في زوجته لأغراض خبيثة ؛ فجعل المشرع لكلٍّ حقًّا ، فللزوج مع السبب الحقيقي في ريبته نفي الولد الناتج عن هذه الريبة لأسباب معينة يقبلها العقل وقد مرت . وله أيضًا لأسباب حسية نفي الولد بلا لعان فللزوج مباشرة هذا الحق في :

---

(1) قاعدة : الولد للفراش متى كان قائمًا .

1 – استحالة المعاشرة استحالة جسمانية لمانع حسي أو لمانع شرعي .

2 – ولادة الولد لأقل من ستة أشهر من العقد .

3 – وجود علة في الزوج كنقص طبيعي يمنع الحمل منه كعدم بلوغه مبلغ الرجال (صبي) أو كجَبّه ، وهو مقطوع الذكر والأنثيين أو مقطوع البيضة اليسرى .

وأما كتم ولادة المولود عن الأب فيمكن إرجاع سببها لواحد من الثلاثة الأسباب المذكورة ، ولكن لا ينتفي الولد لمجرد كتم الولادة ، وإنما سكوته عن اللعان ونفي الولد قد يتخذ ضد الزوج كحجة على قبول المولود ، ولكن مؤاخذة الزوج بسكوته إنما تكون بعد علمه بالحمل أو الوضع كما سيأتي :

وأما وجود قضية طلاق بين الزوجين فتدخل في نفي النسب باللعان إذا امتنع عن نكاحها حتى حاضت ، ثم مكثت بعيدة عنه مدة فظهر بها الحمل ، أو لم يرها حتى وضعت بعد استبرائها فله الاعتماد على ذلك وملاعنتها ونفي الولد ، فلا تدخل في نفي الولد بلا لعان [1] .

ولا تملك المحكمة تقدير الموضوع وقبول وعدم قبول نفي الولد ، ولكن متى ثبت ما نفى به الزوج ثبوتًا شرعيًا وجب الحكم برفض دعوى البنوة ، وهو نفي الولد عن الزوج وتفصيل ذلك :

استحالة المعاشرة : استحالة المعاشرة قد تكون لمانع شرعي من لحوق الولد بالزوج كما إذا أتت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد ؛ فينتفي نسب الولد بدون لعان لعلوقه في رحم أمه قبل الزواج ، وقد تكون استحالة المعاشرة لبعد المسافة وعلم بقاء كل من الزوجين في مكانه كمغربي ومشرقية لم يتقابلا ، وتعاقدا على الزواج بوكيلين ، ثم ادعت الحمل أو الوضع ، وعلم به فنفاه ينتفي عنه النسب بلا لعان لوجود المانع الحسي ، أو كان المانع حبس حريته كالمسجون الذي لا يمكن مقابلته إطلاقًا ، أو كان المانع طبيعيًا كصبي لم يبلغ الحلم ، أو كان الزوج مجبوبًا (مقطوع الذكر والأنثيين) أو خصيًا ، أو مقطوع البيضة اليسرى ، أو أجريت له

---

(1) الذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل من المالكية اتفقوا على أن له نفيه في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش . بداية المجتهد 181/2 الكافي لابن عبد البر ص 289 إرشاد المالك ص 75 .

عملية في المسالك البولية استأصلت ما يأتي منه الحيوان المنوي ، أو كان الزوج عنينًا (صغير الذكر) لا يتأتى به جماع ففي كل هذه المواضع يجوز للزوج أن ينفي عن نفسه نسب الحمل أو الولد من غير لعان .

وأما الزوج الذي حصل له عارض لا يأتي معه الوقاع بأن كان (مرخيًا) فله نفي الولد والحمل عنه بلعان ؛ لأن هذا أمر مشكوك فيه فعلى الزوج تأكيده بأيمانه . وشرط اللعان والنفي التعجيل متى علم إلا لعذر قهري ، فإن أخر اللعان أو نفي الحمل أو الولد بلا عذر اليوم واليومين سقط حقه وامتنع لعانه .

وشرطه أيضًا عدم الوطء لها مطلقًا في الحمل وفي الولادة وفي الرؤيا ، فإن وطئها بعد علمه بحمل من غيره أو بوضع أو رؤية بالزنا أو أخّر لعانها ولو يومًا بدون عذر بعد علمه بالحمل أو الوضع امتنع لعانه ولحق به الولد ، والمانع في رؤى الزنا الوطء فقط لا التأخير [1] .

ولا فرق في اللعان بين كون المرأة في العصمة ، أو مطلقة بائنًا ، أو رجعيًا في العدة ، أو أخرجت منها ، أو ميتة ولا بين أن يكون الولد المنفي نسبه حيًا أو ميتًا [2] .

فإن علم الزوج وسكت رضاء به ، أو قبل التهنئة به ، أو بلغ عن ولادته لإثباته رسميًا امتنع لعانه ولحق به الولد .

بند [207] القانون الفرنسي

نفي البنوة يتعلق بالزوج أصالة ، فليس للدائنين نفي أبوة الولد نيابة عن مدينهم ،

---

(1) جاء في الخرشي 125/4 أنه إذا لاعنها بسبب رؤية الزنا وما في معناه من العلم فإنه ينتفي عنه بذلك ما ولدته من ولد كامل لستة أشهر فصاعدا من يوم الرؤية ، وتعدّ كأنها غير بريئة الرحم يوم اللعان ، وإن أتت بولد غير سقط لدون ستة أشهر لحق به ؛ لأن لعانه إنما كان لرؤية الزنا لا لنفي الولد ، وهذا هو قول ابن القاسم فيما يأتي ويلحق إن ظهر يومها لأن المراد بظهوره وضعه لدون ستة أشهر إلا أن يدعي الاستبراء .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 461/2 أن للزوج أن يلاعن في نفي الحمل مطلقًا كانت المرأة في العصمة ، أو مطلقة ، خرجت من العدة أو لا ، كانت حية أو ميتة ، فلا يتقيد اللعان لنفي الحمل بزمان ، إلا إن تجاوز أقصى أمد الحمل من يوم الطلاق أو ترك الوطء فينتفي عنه بلا لعان لعدم لحوقه به . وجاء في الخرشي 128/4 كذلك أن اللعان لنفي الحمل لا يتقيد زمنه بكون المرأة في العصمة أو مطلقة ، كان الطلاق بائنًا أو رجعيًا خرجت من العدة أو لا كانت حية أو ميتة ، اللّهم إلا إن تجاوز أقصى أمد الحمل فإن الولد لا يلحق به حينئذ .

ولكن يجوز للورثة ادعاء هذه الدعوى في حالتين [1] :

1 – متى كان الزوج قد رفع الدعوى قبل وفاته بشرط أن لا يكون هناك دليل قاطع في ترك الدعوى (كما إذا ترك دعواه ثلاث سنين بدون رفعها) .

2 – في حالة ولادة الولد بعد وفاة الزوج ؛ لأن النفي يكون للولد لا للحمل ، وفي هذه الحالة يكون الحق ماليًا صرفًا لحرمانه من ميراث المتوفى فيجوز لدائني الورثة رفع الدعوى باسمهم إذا أهملوا .

ومدة رفع الدعوى لنفي الأبوة تختلف كما يأتي :

أولًا – إذا كان في مكان الولادة ، ولم يخف عنه أمرها فله شهر واحد من تاريخ الولادة .

ثانيًا – إذا كان غائبًا عن محل الولادة ، ولم يخف عليه أمرها فله شهران من تاريخ عودته .

ثالثًا – إذا أخفى عنه ولادة الطفل فله شهران من تاريخ اكتشاف أمر الولادة . والمدة بالنسبة للورثة شهران من تاريخ ملكية الطفل إلى الميراث أو من يوم زعزعة ملكيتهم بميراثه ، ويمكن للزوج والورثة زيادة شهر أيضًا متى أرسلوا إنذارًا للطفل بإنكار الأبوة وأنهم سيرفعون للمحكمة ، وبهذا يكون لهم زيادة شهر على المدة المذكورة (في مدة رفع الدعوى) .

وبما أن دعوى نفي الأبوة تهم أم الطفل أولًا وبالذات فيجب حضورها فيها وإعلانها ، وبما أن دعوى الإنكار ترفع ضد الطفل شخصيًا ، وهو قاصر ، فيجب تعيين من يمثله كوصي يعينه مجلس العائلة أو المحكمة .

بند [208] التشريع الإسلامي

الزوج هو الذي يلحق به النسب فهو الذي يقدر إن كان هذا النسب حقًّا أو فيه ريبة فمتى رأى أنه ليس منه وأن نسبته إليه ظلم فله أن يلاعن أم الصغير (زوجته) أو

(1) انظر : بند 317 وبند 318 ، في الفصل الأول ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 73 .

ينفيه حسب الأحوال المتقدمة ، فالزوج هو صاحب الحق في اللعان ونفي النسب [1] .

فلو أنكر الأب أبوته لطفل في دعوى الأبوة ، ثم مات الأب حل الورثة محله في الدعوى [2] ؛ لأنهم ورثة في جميع حقوقه مالم يتنازل عن حقه في الدفع بإنكار الولد وإلا فلا حق للورثة في نفي ما قبله مورثهم .

فإن ولد الطفل بعد موت زوج أم الطفل ، وكان من الحالات التي يصح نفي الولد فيها بلا لعان ، وكان الزوج لا يعلم بذلك أو علم ومات قبل أن يتمكن من الإشهاد على النفي جاز للورثة إنكار بنوة الولد المذكور ، وعليه إثبات أنه ولد شرعي [3] . والقواعد الشرعية مرسومة معروفة ، فإن أثبت فبها وإلا رفضت دعواه البنوة وحُقَّ للورثة افتراضه عدمًا فإن أثبت أمومته فهو أخ أولادها لأمهم .

ومدة رفع الأمر للقضاء للملاعنة ونفي الولادة قدر باليوم واليومين من تاريخه وتمكنه عرفًا من ذلك ، وبالنسبة للولد في رفع الأمر لإثبات بنوته لم يحدد لها موعد لأنها من الأمور الشخصية المتعلقة بالنسب ففي أي حال وأي وقت يطلب إثبات بنوته .

إن دعوى اللعان التي يترتب عليها نفي نسب الطفل توجه ضد الزوجة فهي المدعى عليها وهي الملزمة شرعًا إما بالملاعنة أو الحد ، وفي كلتا الحالتين ينتفي نسب الولد فالولد ليس طرفًا في الدعوى مباشرًا ، ولكن ينجر حكم خطأ أمه على نسبه حيث خانت حق الأمانة في عرضها .

وأما النفي بلا لعان فهو موجه للولد نفسه ، وهو لا يكون من الأب إلا في دعوى الولد لإثبات بنوته ، ومع ذلك يصح للأب أن يشهد بنفي نسب ولده عنه أمام القاضي أو جماعة المسلمين مع ذكر السبب في ذلك ، والطفل قاصر عن الخصومة له أو عليه فيجب تعيين وصي خصومة إن احتاج الأمر لذلك .

---

(1) يعلل ابن رشد لشرع اللعان بأنه لما كان الفراش واجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده . وتلك الطريق اللعان . بداية المجتهد ج 2 ص 115 القوانين الفقهية ص 192 ولا يلاعن سوى الزوج ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني 161/4 .

(2) قاعدة : لو أنكر الأب أبوته لطفل في دعوى الأبوة ثم مات الأب حل الورثة محله في الدعوى .

(3) يقول ابن جُزي : أما الملاعن والملاعنة فهما الزوجان العاقلان البالغان سواء كانا حريين أو مملوكين عدلين أو فاسقين . القوانين الفقهية ص 268 .

بند [209] القانون الفرنسي

نتائج دعوى إنكار الأبوة : متى نجحت دعوى إنكار الأبوة وحكم فيها ينتج أمران :

أولًا – حرمان الولد من التمتع بشرعيته ومن كل علاقة الأبوة مع زوج أمه .

ثانيًا – توجد البنوة الطبيعية لهذا الولد بالنسبة للأم .

وللحكم الذي يصدر بنفي الأبوة أو برفض الدعوى قوة الشيء المحكوم فيه قِبَل الجميع (1) .

بند [210] التشريع الإسلامي

متى نفى الزوج نسب الولد الذي أرادت أمه إلحاقه به في المواضع التي يجوز له فيها نفيه بلا لعان ، ومتى تم اللعان بين الزوجين أو نكلت الزوجة وحُدَّت أو لم تحد ، وحكم القاضي بالتفريق وبنفي نسب الولد حرم الولد من نسبته إلى من نفاه ، وقطعت كل علاقة بين الولد وبين من نفاه ، وأصبح الولد منسوبًا لأمه يرثها وترثه . ونسبته لأولادها أخ لأم . والحكم الذي يصدر بنفي نسب الولد أو بإثباته يحوز قوة الشيء المقضي فيه يعارض به الكافة (2) .

بند [211] القانون الفرنسي

ثالثًا – دعوى إثبات البنوة (صفة الشخص) : وهي الدعوى التي يرفعها الولد أمام المحاكم لإثبات بنوته الشرعية قِبَلَ شخص معين .

أحوال إثبات البنوة : يصح ادعاء هذه الدعوى للطفل الذي ليس له شهادة ميلاد ، وليس عنده أحوال الطفل الشرعي ، أو الذي له شهادة ميلاد دون أحوال الطفل الشرعي ، أو الذي عنده أمران معًا فقط مختلفان .

---

(1) انظر : البنود من 312 إلى 318 ، في الفصل الأول من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 72 ، 73 .

(2) بلعان الرؤية أي لنفي الحد عنها .

1 – مذهب الجمهور أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان ، وأن رسول الله ﷺ فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله ﷺ : [لا سبيل لك عليها] . بداية المجتهد ج 2 ص 121 . وراجع في لحوق ولد الملاعنة بأمه وإرثه لها تنوير الحوالك ج 2 ص 25 وحاشية الرهوني ج 4 ص 161 وما بعدها .

هذه الدعوى تتعلق بالطفل فقط فلا يجوز لدائنيه رفعها إذا أهملها فهي حق شخصي له ، ولا يجوز لورثته مباشرة الدعوى أو رفعها إلا في حالتين :

1 – أن تكون مرفوعة من قبل وفاته فيتمون القضية .

2 – أو مات الطفل وهو قاصر أو بعد بلوغه سن الرشد بخمس سنوات .

مدة رفع هذه الدعوى : تبقى الدعوى بين يدي الطفل بدون سقوط ، وبالنسبة للورثة إذا كان لهم هذا الحق تبقى 30 سنة كالحق العام .

وينتج هذا الحق عن عمل معاقب عليه كخطأ الموظف المختص في إثبات الولادة أو تبليغ الشهود ، فينتج دعويان : مدنية وهي حق الطفل ، وجنائية وهي حق الهيئة العام ، ويتبع الحق العام الحق المدني ، فإذا لم يرفع الطفل دعواه فليس للنيابة الحق في رفع الدعوى العمومية ، كما يجب أولًا الحكم في المدني [1] .

بند [212] التشريع الإسلامي

دعوى إثبات البنوة من الولد هي دعوى إثبات الأبوة من الولد أيضًا ، وقد تقدم أحكام ذلك فلا معنى للتكرار ، وهذه الدعوى لا تحتاج إلى أسباب إلا عدم الاعتراف من الأب ببنوة هذا الطفل أو أنه ليس أبا له فقط فلا داعي لوجود شهادة ميلاد أو عدم وجودها ولا أن الطفل يملك أحوال الطفل الشرعي أم لا . وتقدم أن حق الطفل في إثبات أبوته له من شخص آخر أو بنوته له لا تسقط أصلًا ، فادعاء الأبوة أو البنوة يكون عادة نتيجة إنكار من المدعى عليه لهذه الصفة .

بند [213] البنوة الطبيعية

القانون الفرنسي : البنوة الطبيعية ، هي العلاقة التي بين ولد وأبويه حينما كانا مجتمعين بغير زواج سواء أكان في وقت العلوق أم في وقت الولادة أم في وقت الحمل [2] .

---

(1) انظر : البنود من 319 إلى 330 في الباب الثاني ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 74 : 76 .

(2) انظر : البنود من 331 إلى 333 . في الفصل الأول من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الثالث ص 76 .

البنوة الطبيعية تكون من زنى حينما يكون الولد ثمرة نكاح من شخص متزوج بآخر في وقت علوقه .

البنوة الطبيعية تسمى من سفاح الأقارب إذا كان بين الزوجين علاقة قرابة أو مصاهرة تمنع الزواج .

البنوة الطبيعية البسيطة هي أن يوجد الولد من زنى أبوين ليسا متزوجين مع آخرين وقت علوق الطفل ، وليس بينهما قرابة أو مصاهرة تمنع من زواجهما .

بند [214] التشريع الإسلامي

البنوة إما بنوة شرعية ، وهي التي ترتب عليها أحكامها من ميراث ، وحِلّ ، وحرمة ، ووجوب إنفاق ، وتعليم إلخ . وبنوة غير شرعية ، وهي عدم مهدر غير مرتب عليها أي حق إطلاقًا ، حفظًا للعقود الشرعية الصحيحة ، وصيانة للعلاقات القانونية بين أفراد المجتمع ، وإهدارًا لعمل خرج في وجوده وثمرته عن نظم شرعت لمصلحة الجماعة ؛ فلو رتب المشرع أحكامًا للولد الطبيعي لأصبح الناس فوضى كالدواب ، فإن المرأة التي تبيح لنفسها معاشرة رجل بلا عقد قانوني تترتب عليه آثاره تبيح لنفسها أيضًا أن تشرك مع الذي عاشرته آخر مثله ، وهكذا فلا يمكن مع هذا احترام الأنساب ولا بناء مجتمع لا فوضى في أخلاقه ولا شك في أنسابه ، فمتى علم المتعاشران أن ما ينتج عن عشرتهما أو علاقتهما غير القانونية يكون هَدْرًا فكرا في تنظيم علاقاتهما طبقًا للقواعد الشرعية المقررة ، أما أننا نتمشى مع العواطف في أن الطفل الطبيعي بريء لم يرتكب ذنبًا ، ثم نرتب له حقوقًا جزاء مخالفة الأوامر الإلهية فهذا ما لا يوافق عقلًا ، فمتى نهاك المشرع عن شيء ثم حذرك العاقبة فخالفت فيجب أن تتحمل نتيجة عملك ، ولا يقضى هذا بالبحث عن تصحيح عمل ارتكبته مخالفًا للمشرع ، فذنب إهدار نسب هذا البريء واقع على من تسببًا في وجوده فليلحقهما العار مدة الدهر ، وليحملا وزره إلى يوم القيامة فيحقق الناس العقود القانونية بينهما ، ويفرون من الفوضى إلى النظام .

غير أن المشرع الحكيم مع هذا رغب كثيرًا في استلحاق النسب ليخفي العار متى لم يمنع من ذلك مانع فمتى استلحقه أصبح شرعيًا بمعنى الكلمة ؛ فلا ولد

طبيعي إذًا [1] .

بند [215] القانون الفرنسي

الطريق الطبيعي لتحقيق البنوة الطبيعية هي الاعتراف الاختياري من الأبوين ببنوة الولد ، فإذا لم يتم ذلك سعى الولد للبحث عن بنوته قضاء ، وهو الاعتراف الجبري ، فللولد دعويان :

1 – البحث عن أبوته . 2 – البحث عن أمومته .

أولًا – الاعتراف الاختياري : الاعتراف بولد طبيعي هو أن يشهد شخص باعترافه صراحة لصالح وَلد وُلد خارج الزواج بأبوته أو أمومته لهذا الولد [2] .

صفات الاعتراف الأساسية هي :

1 – هذا إشهاد علني فيجب أن يكون رسميًّا ، فالأوراق العرفية لا تفيد إلا كدليل في الإثبات أمام القضاء .

2 – هذا إشهاد يصدر من جانب واحد ، فقبول الولد أو عدمه لا يفيد شيئًا .

3 – هذا إشهاد اعترافي لأنه اعتراف بأبوة أو أمومة .

4 – هذا إشهاد لا رجعة فيه ، فمتى تم لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا كان ضد الحقيقة .

يصح أن يكون الاعتراف (هذا الإشهاد) أمام الموظف المختص بالأحوال الشخصية ، أو أمام مسجل العقود المدنية ، أو أمام قاضي الصلح ، أو أمام المحكمة .

إذا لم تراع شروط الاعتراف المطلوبة قانونًا فالاعتراف يكون باطلًا أو غير موجود . هذا الاعتراف (الإشهاد) بالبنوة أو الأمومة حق شخصي للأب وللأم فقط ؛ فليس للموصي أو القيم أو الدائن أو الورثة مباشرته مطلقًا ولا الزوج نيابة

---

(1) إن أكذب الملاعن نفسه قبل أن يتم التعان المرأة جلد الحد ، ولحق به الولد ، وبقيت زوجته بحالها . ومن مات منهما قبل أن يتم التعانهما توارث . الكافي ص 290 وبداية المجتهد ج 2 ص 115 والقوانين الفقهية 268 وما بعدها .

(2) انظر : البنود من 344 إلى 342 ، في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 ، 79 .

عن زوجته ولا العكس إذا اعترف الأب بأبوته لولد فليس بلازم ذكر أمه ، فإن ذكرها فلا يكون دليلًا على اعترافها .

الأهلية المطلوبة في المعترف : لا يشترط فيه أي شرط خاص إلا أنه يمكنه عمل أي عقد بتعقل . فالقاصر والذي لم يبلغ رشده والمحجور عليه قضائيًا والمرأة المتزوجة يمكنهم الإشهاد على الاعتراف بالبنوة أو الأمومة بدون حضور أحد معهم أو إذن أحد لهم .

الاعتراف بالبنوة أو الأمومة ليس له زمن محدود فيصح مدة الحمل وبعد الوضع حتى وبعد الوفاة ، ويمكن معارضة هذا الاعتراف من كل من له مصلحة ، وعليه تقديم كل أدلة على صحة دعواه وهم : (المشهد بالأبوة أو الأمومة - الولد المعترف به - الأب والأم الحقيقيون للولد المعترف به - أقارب المشهد - المشهد الثاني للولد الذي اعترف به قبله آخر .

بند [216] التشريع الإسلامي

الظاهر من هذا التفصيل في البنوة الطبيعية أنه يريد ما يسمى في التشريع الإسلامي (الاستلحاق) [1] ، وهو إقرار ذكر مكلف (بالغ عاقل مختار) أنه أب لمجهول نسبه [2] . وهو ما يسميه التشريع الوضعي بأنه الطريق الطبيعي لتحقيق البنوة الطبيعية ، وهو الاعتراف الاختياري من الأبوين ببنوة الولد . وعلى هذا فشروط الاستلحاق أو الإقرار بأبوة مجهول النسب شرعًا هي :

أولًا - يجب في المقر بالنسب (أبوّة) أن يكون ذكرًا لأن الاستلحاق يكون حيث لا يمكن إقامة البينة [3] على فعل مشاهد وهو مقبول من جانب الذكر ؛ فإن استلحقت المرأة طفلًا لقيطًا فلا يصح لأنها يمكنها إقامة البينة على الحمل والولادة

---

(1) يعرف الدردير الاستلحاق بأنه في العرف إقرار ذكر بالغ عاقل لا أنثى ، فلا استلحاق لأم أو لمجنون . والمكره كالصبي ، ولو كذبته أمه إن لم يكذبه عقل لصغره . راجع ذلك في الشرح الصغير ج 3 ص 219 وما بعدها والمدونة الكبرى ج 2 ص 362 ، 363 .

(2) قاعدة : الاستلحاق هو إقرار ذكر مكلف بالغ عاقل مختار أنه أب لمجهول نسبه .

(3) قاعدة : الاستلحاق يكون حيث لا يمكن إقامة البينة على فعل مشاهد .

بالمشاهدة سواء أكانت خلية أم متزوجة ؛ فلا استلحاق لأم [1] اتفاقًا [2] .

ثانيًا – يجب أن يكون المقر مكلفًا شرعًا ولو سفيهًا ؛ فلا يصح الاستلحاق من مجنون ولا من مكره ولا من صبي ومن في حكمه (كالخصي أو المجبوب) [3] .

ثالثًا – يجب أن يكون الولد المستلحق مجهول النسب ، فإن كان معلوم النسب فلا يصح استلحاقه وكذا مقطوع النسب كولد الزنا المعلوم أنه من الزنا أو كان منفيًا بلعان عن فراش نكاح صحيح فلا يصح استلحاقه [4] .

رابعًا – أن لا يكذب المستلحق عقل ككبر سن المستلحق عن المستلحق أو عادة كبعد بينهما تحيل العادة بنوته لمثله أو الشرعُ كاستلحاق ولد جارية الغير الذي كذبه سيده [5] .

خامسًا – أن يصدقه المستحلق المكلف فإن كان صبيًا أو مجنونًا أو ميتًا فلا داعي لتصديقهم ؛ فلو كذبته أم المستلحَق لم يعتبر لتشوف الشرع للحوق الأنساب . فإن كذب المستلحَق المستلحق وكان مكلفًا شرعًا أقام المدعي (المستلحِق) بينته وإلا حلف المدعى عليه فإن نكل ثبت نسبه [6] .

---

(1) قاعدة : يجب في المقر بالنسب أن يكون ذكرًا فلا استلحاق لأم اتفاقًا .

(2) جاء في الخرشي 110/6 وما بعدها : إنما يستلحق الأب مجهول النسب ، وهو من خصائص الأب فغيره لا يصح استلحاقه كالأم اتفاقًا .

(3) من شروط المقر له في الاستلحاق أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون ، أو يصدق المقر إن كان ذا قول ، وهو المكلف . فإن كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه ، حتى لو كبر وعقل فأنكر لم يسمع إنكاره ، لأن نسبه ثابت . وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر استمر ذلك ولو طلب إحلافه على ذلك لم يستحلف ، لأن الأب لو عاد في إقراره بالنسب لم يقبل منه . المغني 200/5 .

(4) إنما يصح استلحاق الأب ولدًا مجهول النسب أما من كان نسبه معلومًا فلا يصح استلحاقه . وكان عمر ينيط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك ، وأما بعد الإسلام فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه عند أحد من العلماء ، كان هناك فراش أم لا .... مواهب الجليل 240/5 ، 241 . والذي يترتب على اللعان ستة أحكام ، منها قطع النسب ... مواهب الجليل 138/4 ، 139 .

(5) جاء في الخرشي 101/6 أن شرط صحة الاستلحاق أن لا يكذبه العقل أو العادة فإن كذبه العقل أو العادة فإنه لا يصح استلحاقه . مثال الأول أن يستلحق الصغير الكبير أو علم أنه لم يقع منه نكاح ولا تسر أبدًا حيث فرض العلم بذلك ومثال الثاني أن يستلحق من ولد ببلد بعيد يعلم أنه لم يدخله .

(6) جاء في الخرشي 101/6 أن شرط صحة الاستلحاق أن لا يكون المستلحق بفتح الحاء رقًا لمن يكذب المستلحق بكسرها أما إن كان رقًا لمن يكذبه فإنه لا يصح استلحاقه لأنه يتهم على إخراج الرقبة من الرق .

فمتى وجدت هذه الشروط صح الاستلحاق وأصبح الولد شرعيًا بلا فارق إطلاقًا بينه وبين بقية أولاده . وهذا الاستلحاق كما يصح أن يكون بإشهاد رسمي يصح أن يكون أمام شهود أو بمكتوب عادي لا شك فيه . وهو من جانب واحد إلا إذا كان المقر به (المستلحِق) مكلفًا شرعًا ، وعدم تصديقه بل وتكذيبه يحتاج إذًا لحكم حاكم يقطع النزاع ، وأما الصبي أو المجنون فلا فائدة في تصديقهم أو تكذيبهم .

والاستلحاق لا يصح الرجوع فيه متى وقع صحيحًا مستوفيًا شروطه [1] ، والاستلحاق حق خاص بالرجل فليس للمرأة ولا للوصي أو القيم أو الورثة الاعتراف بالبنوة لرجل إطلاقًا .

وللورثة كلًّا أو بعضًا الاعتراف بالإخوة ، ولكن ليس هذا استلحاقًا شرعًا فهو مجرد إقرار متى كان صحيحًا يعامل به المقر فقط ؛ فينقص نصيب المقر على فرض أن المقربه قريب حسب اعترافه ليأخذه المعترِف له ، ولا يتعدى الإقرار إلى غير المقر من الورثة .

وليس للاستلحاق زمن معين محدود فيصح استلحاق الطفل في أي وقت ولو بعد وفاته ، ولما كان الاستلحاق بعد الوفاة مظنة الطمع في الميراث فنص المشرع على أن المستلحِق يرث المستلحَق إن كان له وارث أو كان مال التركة قليلًا ، فإن لم يكن له وارث فلا يرثه متى كثر المال ؛ لأنه متهم في الاستلحاق ، فإن قل المال ورثه .

فلو أقر بولد واستلحقه به ، ثم أنكر أبوته ومات الولد فلا يرثه المقر ؛ لأنه كذب نفسه [2] فتوقف التركة ، فإن مات الأب ورث ورثته المالين مال الأب ومال المقر به لأن إنكار الأب لا يقطع حقهم ، ولغرماء الأب قضاء ديونهم من هذا المال حال حياته ، ويقضى منه دينه بعد وفاته ، وإن مات الأب المقر بالبنوة ورثه الولد المقر له ، ولا يضره إنكار أبيه بعد استلحاق حيث لا يصح الرجوع في الاستلحاق أصلًا .

ولما كان شأن النسب خطيرًا ، وكان حفظه من ألزم الواجبات كان الخلط فيه حرامًا قطعًا ومنكرًا يجب إزالته ، فمن نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد أيضًا ، فلكل من يعرف أن شرطًا من شروط الاستلحاق المارة لم يتحقق أو أن نسب الولد المستلحق

---

(1) قاعدة : الاستلحاق لا يصح الرجوع فيه متى وقع صحيحًا مستوفيًا شروطه .

(2) قاعدة : لو أقر المستلحِق بولد واستلحقه ثم أنكر أبوته ومات الولد فلا يرثه المقر لأنه كذب نفسه .

معروف أن يرفع الأمر للحاكم حسبة وكذا كل من لحقه ضرر حقيقي من ورثة أو غيرهم أن يبينوا الحقيقة التي تخالف الاستلحاق وتبطله .

بند [217] القانون الفرنسي

البحث عن الأبوة الطبيعية : وهي الدعوى التي يرفعها ولد طبيعي يريد بها إثبات أن هذا الشخص أبوه في القضاء [1] .

وقد كان ذلك ممنوعًا أولًا ثم أبيح بقانون سنة 1912 في الأحوال الآتية .

أولًا – حال الخطف أو هتك العرض بشرط أن يكون علوق الولد في الرحم في هذه المدة .

ثانيًا – حالة الخداع بشرط أن تكون مصاحبة لغش أو إفراط في استعمال السلطة أو وعد بالزواج أو خطوبة ، وبشرط عدم إثباته بالشهود إلا إذا كان هناك شبه دليل كتابي .

ثالثًا – حالة الاعتراف من المدعى عليه الأبوة في جواب أو أي شيء آخر يدل على هذا .

رابعًا – حالة المعاشرة غير الشرعية بشرط أن تكون المعاشرة بين الأم والأب المدعي عليه ظاهرة وبشرط وجود الطفل مدة زمن المعاشرة .

خامسًا – حالة التعهد بالنفقة والتعليم ، إذا تعهد المدعى عليه الأبوة بنفقة وتعليم الطفل أو شارك في ذلك بوصف كونه أبًا افتراضًا يصح رفع الدعوى عليه بالأبوة والتقدير للمحكمة .

أسباب سقوط دعوى الأبوة ، البحث عن الأبوة يمكن استبعاده لسببين :

أولًا – متى كانت الأم غير شريفة في علاقاتها مع المدعى عليه الأبوة بأن كانت لها علاقات ظاهرة مع آخرين ، وأن هذه العلاقات الكثيرة في مدة العلوق بالولد .

ثانيًا – متى كانت المعاشرة مستحيلة جسمانيًا فعلى المدعى عليه إثبات أنه كان

---

(1) انظر : البنود من 331 إلى 342 ، في الباب الثالث من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 76 : 78 .

غائبًا أو كان في حالة لا يمكن معها الوقاع لحادث أو لسبب آخر مدة الحمل بالولد المدعى به .

ويجوز للمدعى عليه تقديم أسباب مماثلة لهذين السببين ، والمحكمة تقدر موضوع دفاعه .

وهذا الحق في رفع الدعوى يتعلق بالولد من وقت بلوغه ، وقبل بلوغه تدعيه الأم ، ولو كانت قاصرًا ، فإن ماتت أو لم تعترف بالولد فترفع الدعوى بواسطة وصي الطفل الذي تعينه المحكمة لذلك ، ومدة رفع الدعوى في السنتين التاليتين للميلاد ، وله رفع الدعوى بعد مدة سنة .

ويمنع نشر شيء عن قضايا البحث عن الأبوة ، ويحكم على الطالب الذي يرفض طلبه من المحكمة المدنية متى ثبت سوء نيته ، ويعمل بقانون سنة 1912 المذكور في الحوادث السابقة عليه .

بند [218] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي بحث عن الأبوة الطبيعية ؛ لأن البنوة إما شرعية يعني أن الولد ملحق بأبيه شرعًا ، وإما غير شرعية فهي بنوة زنى فهي هدر لا يقام لها وزن [1] .

فالدعوى التي يرفعها الولد مجهول النسب يريد بها إثبات بنوته من شخص معين أمام القضاء هي دعوى إثبات البنوة الشرعية . فالولد الذي علق من خاطف أمه أو هاتك عرضها أو ممن خدعها وغشها أو كانت تحت إمرته أو وعدها بالزواج ولد زنى ، ويحد الرجل حد الزنى ، ولا يلحق به الولد ؛ لأن نسبه مقطوع بفساده ، والقاعدة الشرعية (أن كل نكاح درأ الحد عن الفاعل يلحق الولدبه ، ويكون ولدًا شرعيًا) [2] فمن غلط أو أخطأ أو نسي أو تزوج ممنوعة الزواج منه جهلًا أو تخلف شرط من شروط الزواج وفسخ النكاح ووضعت الزوجة أو

(1) جاء في حاشية الدسوقي 412/3 أنه إنما يستلحق الأب ولدًا مجهول النسب ... أي مجهول الانتساب لأب معين ، ويستثنى منه اللقيط ، فإنه لا يصح استلحاقه إلا ببينة .

(2) قاعدة : كل نكاح درأ الحد عن الفاعل يلحق الولد به ويكون ولدًا شرعيًا .

المنكوحة في كل هذه الأحوال ولدًا فإنه يلحق بالفاعل ولا حد عليه .

وأما حالة الاعتراف بالولد من المدعى عليه بالبنوة فهي صحيحة متى استوفى الاعتراف شروطه ، وأما حالة المعاشرة المستترة التي لا تعلم بين الخاصة والعامة فإنها سفاح ، ومتى ظهر للملأ أنهما في حالة كالزوجين فإنه يصح استلحاق الولد أو الإقرار بأبوته له متى لم يقر أن الولد من زنى أو لم يكن مشهورًا معروفًا بأنه من سفاح لا من نكاح . وأما حالة التعهد بالتعليم والنفقة فلا تفيد شيئًا في حد ذاتها لجواز فعل الخير والشفقة .

ويصح إثبات الأبوة بالبينة الشرعية في حالة عدم الاعتراف وحالة المعاشرة وحالة التعهد بالتعليم بشروط عدم قطع نسب الولد أو شهرته بغير المدعى عليه أو كونه قادرًا على الإحبال أو اللقيا كما سبق في الاعتراف والاستلحاق .

وللمدعى عليه الدفع في دعوى النسب بأن أم المدعي تمتهن البغاء ، وهي غير حصينة ، وليست مقصورة عليه مدة العلوق ، وأن المعاشرة كانت مستحيلة عادة أو عرفًا أو شرعًا ، ومتى أثبت دفعه رفضت دعوى الأبوة كما سبق .

ولا تسقط دعوى الأبوة ويجوز لأم الصغير أو وصيه ادعاؤها كما يجوز للصغير بعد بلوغه ادعاؤها كذلك .

بند [219] البحث عن الأمومة

القانون الفرنسي : لم يقيد القانون البحث عن الأمومة بأي قيد كما قيده في الأبوة فيجوز البحث عن الأمومة بلا قيد ولا شرط [1] .

ويتعلق البحث عن الأمومة بالطفل نفسه فليس لأحد سواه أن يبحث عنها مطلقًا ، ولا يمكن لأحد أن يدعي عليه أنه ولد طبيعي ويثبت أمومته . دليل البنوة الطبيعية بالنسبة للأم : يجب إثبات أن الأم المدعى عليها وضعت ، ويجب تحقيق شخصية الطفل الذي وضعته بأنه هو . ولا يقبل دليل على ذلك إلا الشهود بشرط أن يكون هناك شبه دليل كتابي .

---

(1) انظر : البنود 341 ، 342 في الفصل الثاني من الباب الثالث ، من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 .

أولًا – ولا تقبل شهادة الميلاد ولا ملك صفات . الإنفاق والتعليم هنا كما قبلت في البنوة الشرعية .وشهادة الميلاد تدل فقط على أن الأم وضعت وهو ابتداء دليل كتابي .

الدور الذي يعلمه ملك الصفة بالنسبة لدليل البنوة الطبيعية ، النقط الآتية أساسية ومؤكدة .

1 – حينما يكون اسم الأم موضحًا في إشهاد اعتراف الأب بالبنوة ، فيكون ملك الصفة بالنسبة للأم اعترافًا ضمنيًا بالبنوة يوازي اعترافًا اختياريًا .

2 – حينما تكون معرفة الطفل تمت في إشهاد رسمي يمكن الطفل أخذ ملك الصفة دليلًا على تحقيق شخصيته مع الشخص الذي اعترف به .

3 – متى وجد عند الطفل ابتداء دليل كتابي يثبت ولادة أمه وتحقيق شخصيته فيمكن إقامة شهود على بنوته اعتمادًا على ملك الصفة .

بند [220] التشريع الإسلامي

البحث عن الأمومة كالبحث عن الأبوة سواء بسواء في أن كلًا يثبت بالبينة الشرعية بالبنوة أو بالسماع الشائع من الثقاة وغيرهم بهذا النسب ، ولا يحتاج لشيء آخر . والقاعدة أن كل ما لا يظهر للرجال فتكفي في إثباته أو نفيه امرأتان عدلتان بلا يمين ، ويثبت النسب والإرث بشهادتهما له وعليه [1] . وأما إثبات النسب فلابد من عدلين ذكرين مستوفيين شروط الشهادة الشرعية .

فإن ادعى الولد نسبه من أب وأم معينين أقام دليلًا شرعيًا كما مر في أدلة إثبات النسب ، فإن صحت البينة حكم بلحوق نسبه بالمدعى عليهما شرعًا ، وإن صحت البينة في واحد منهما فقط حكم فيه ، فإن صحت بالنسبة للأم حكم بأمومته فترثه ويرثها ، ويكون أخًا لأولادها من الأم [2] .

---

(1) قاعدة : كل ما لا يظهر للرجال فتكفي في إثباته أو نفيه امرأتان عدلتان بلا يمين ويثبت النسب والإرث بشهادتهما له وعليه .

(2) راجع الشرح الصغير ج 3 ص 219 ، 220 مواهب الجليل ج 5 ص 244 ، 245 .

بند [221] القانون الفرنسي

نتائج المعرفة الاختيارية أو الجبرية [1] :

النتائج المترتبة على الاعتراف بالولد اختيارًا أو جبرًا واحدة ، وهي بالإجمال :

1 - حق متقابل في الميراث بين الولد الطبيعي ووالديه وبالعكس .

2 - حق متقابل في النفقات بين الولد الطبيعي ووالديه وبالعكس .

3 - تحديد قدرة الولد الطبيعي المعترف به في ترتيب وقبول أي عطاء بدون ثمن ، بمعنى أن الطفل لا يمكنه أن يقبل من أقاربه لا في عطاء ولا في وصية أزيد من نصيبه القانوني .

يلاحظ أن الاعتراف بالولد الطبيعي يرجع أثره إلى وقت علوقه فتترتب عليه آثاره فهو إظهار لموجود لا إيجاد لمعدوم .

وقد استثنى القانون (م 337) حالة واحدة لا يرجع الاعتراف فيها إلى الماضي ، وهي أن شخصًا ولد له ولد من غير زواج شرعي ، ثم تركه بدون اعتراف وتزوج من شخص آخر غير شريكه في الولد المذكور ، ثم اعترف به حالة زواجه بالشخص الآخر فلا يضر اعترافه الزوجة ولا الزوجَ ولا الأولادَ الشرعيين ؛ فنتج ما يأتي :

1 - عند وفاة المتسبب والمعترف بالولد الطبيعي لا يأتي الولد الطبيعي وارثًا مع الأولاد الشرعيين للمتوفى المذكور ، فإن لم يترك المتوفى أولادًا شرعيين ولا أقارب يرثونه قانونًا ، بل ترك زوجه والولد الطبيعي حاز الزوج كل الميراث ، وليس للولد الطبيعي شيء .

2 - الولد الطبيعي المعترف به قبل الزواج له الحق في معارضة أحد الزوجين الباقي بعد وفاة الآخر فيما خصه به المتوفى من هبة أو وصية بنقصها إلى الحد المقرر قانونًا ، وأما الولد المعترف به بعد الزواج فليس له هذا الحق .

3 - ليس للولد المعترف به بعد الزواج طلب نفقة ممن اعترف به ؛ لأن هذا يضر بالزوج الآخر وبالأولاد الشرعيين .

---

(1) انظر : البنود 333 وبند 336 إلى بند 339 ، في الباب الثالث من الكتاب السابع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 76 ، 77 .

نتائج الاعتراف ببنوة الولد الطبيعي كنص المادة 337 .

1 - الولد الطبيعي المعترف به يحمل اسم الشخص الذي اعترف به ، ويخضع للسلطة الأبوية .

2 - يمكنه أن يتلقى هبة أو عطية في وصية ممن اعترف به .

3 - يمكن الولد الطبيعي استعمال الحقوق المقررة قانونًا ضد إخوته من زواج سابق أو من زواج لاحق .

وهذه النتائج يعمل بها في حالتي الاعتراف الاختياري والإجباري .

بند [222] التشريع الإسلامي

نتائج الحكم بالبنوة أو الاستلحاق المستكمل لشروطه : متى ثبتت بنوة الولد مجهول النسب بالاستلحاق أو بحكم القاضي أصبح الولد شرعيًا من جميع الوجوه فيتوارثان الولد ومن ثبت نسبه منه ، ويجب الإنفاق والتعليم على الوالد القادر وبالعكس ، وتصح الهبة له دون الوصية لأنه (لا وصية لوارث) [1] .

ولحوق نسب الولد يرجع إلى الماضي ؛ فهو إظهار لحالة خفيت لا إيجاد لها بدون استثناء بين هذا الولد وبين إخوته السابقين واللاحقين لاعتراض الزوجة ولا غيرها ؛ لأن هذا حق الزوج وحده .

وعند وفاة المستلحِق يأتي الولد المستلحَق للميراث على قدم المساواة بين إخوته من أي زوجة ، وله الحق في الاعتراض على الوصية للزوجة السابقة واللاحقة ، لأنه (لا وصية لوارث) فهو ولد شرعي من جميع الوجوه .

ولوالده عليه الحقوق الأبوية كما للولد على أبويه حقوق البنوة من جميع الوجوه [2] .

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الوصايا باب (لا وصية لوارث جـ 4 ص 6 والنَّسائي في السنن كتاب الوصايا باب 5 ، وأخرجه الترمذي في السنن رقم 2120 ، 2122 ، وأحمد في مسنده 186/4 ، والبيهقي في السنن الكبرى 85/6 ، وابن ماجه رقم 2713 .

(2) يقول المواق عن المستلحِق إنه إن كان ترك ولدا أو ولد ولد ذكرًا أو أنثى صُدِّق ، ولحق به ، وورث نصيبه مع بنيه أو بناته ، التاج والإكليل ج 5 ص 242 ومواهب الجليل ج 5 ص 242 ، 243 .

بند [223] القانون الفرنسي

قواعد خاصة بولد الزنى وبالولد الناتج عن مضاجعة الأقارب المحرمين : القانون يمنع بتاتًا الاعتراف ببنوة الولد المولود لرجل متزوج من امرأة أخرى أو المولود من مضاجعة قرابته المحرمة عليه قانونًا سواء أكان الاعتراف اختياريًا أم إجباريًا ، وذلك منعًا لفضيحة العار التي تنتج من ذلك . وينتج عن ذلك :

أولًا – ممنوع منعًا باتًا على أي موظف عمل إشهاد باعتراف شخص بولد ، يثبت منه أن البنوة نتجت من زنى رجل متزوج بامرأة أخرى ، أو نتجت من مضاجعة إحدى قريباته المحرمة عليه .

ثانيًا – المحاكم ممنوعة من تلقي طلب البحث عن بنوة أو أمومة يكون البحث موصلًا إلى بنوةٍ من زنى رجل متزوج بأخرى ، أو إلى أمومة كذلك .

ثالثًا – يكون باطلًا كل حكم أو إشهاد يحقق هذه البنوة لغش أو خطأ .

يبقى الولد كأن لم يعرفه أحد ، ولم يعترف به أحد ، لكن يمكن لأحد أبوي هذا الطفل الذي لم يكن متزوجًا بآخر وقت الحمل به أن يعترف به منفردًا ، وكذلك أحد الزوجين القريبين الممنوعين قانونًا من الزواج يمكن أحدهما فقط الاعتراف بالطفل بدون أن تظهر حقيقة وجوده [1] .

بند [224] التشريع الإسلامي

متى عرف الولد بأنه ولد زنى بأن كانت أمه لا ترد طعامًا أو كانت ملاعنة في زنى من زوجها ، وكان هذا الولد سببًا في اللعان فلا يجوز استلحاقه لأنه مقطوع النسب سواء أكان المستلحق متزوجًا بأخرى أو لا .

وأما الولد الناتج من مضاجعة الأقارب أو الممنوع زواجهم أو اجتماعهم في عصمة واحدة ، فإن كان الوقاع أو العقد للنكاح حصل لخطأ في الشخص أو بُني على أسباب تمنع حد الزنى فإن الولد يلحق بالزوج الذي أخطأ بدون جدال .

وولد الزنى هو الذي لا يستند وجوده لعقد زواج ولو كان فاسدًا أو لنكاح لم

---

(1) انظر : بنده 335 ، 342 في الفصل الثاني ، من الباب الثالث ، من الكتاب السابع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 77 ، 78 .

يدرأ الحد سواء أكان الزوج متزوجًا بأخرى أم لا ، ولا علاقة بين وجود الولد من زنى وزواج فهو حقيقة قائمة بذاتها .

أما أن الزواج مانع من الاعتراف بالبنوة أو الأمومة في القوانين الوضعية فذلك لأنه ممنوع تعدد الزوجات [1] .

بند [225] القانون الفرنسي

أحوال مستثناة من هذه القواعد (م 762 وما بعدها و م 958) تطبق في الأحوال الآتية ، وتثبت بنوة الزنى وولد الأقارب وهي :

1 – حكمٌ قَبْل إثبات البنوة المذكورة خطأ وأصبح نهائيًا بمضي مدة الطعن فيه في جميع الدرجات .

2 – حكم تضمن إشهادًا بإنكار الزوج (ما عدا في حالة علوق الطفل قبل الزواج) هذا الحكم يحقق ثبوت ولد الزنا المنكور .

3 – حينما يكون الزواج ملغيًا لسبب جمع اثنتين في عصمة رجل واحد ، أو لأن الزواج وقع بين أقارب محرمة قانونًا ، فإن الأولاد الناتجة عن هذا الزواج لهم الحق في البنوة الخاصة بهم المنسوبة لحالتهم قانونًا [2] .

بند [226] التشريع الإسلامي

أولاد الزنى الذين ثبت قطع نسبهم إما لأنهم من سفاح لا من نكاح ، وإما لأنهم من زوجة خانت زوجها ولاعنها ونفي عنه الولد ، وإما لأنهم من وطء لا شبهة فيه تدرأ الحد ، لا يصح استلحاقهم ، فإن كان الولد ناتجًا عن زواج خامسة يجهل أنها خامسة أو عن محرمة من الجمع مع أخرى كزوجة وبنت أخيها يجهل ذلك أيضًا أو عن نكاح لبنت أخته مثلًا يجهل قرابتها له فإن الولد يلحق به ؛ لأنه وطء بشبهة .

---

(1) يقول ابن جزي : إذا التعن الزوج ... سقط حد القذف عنه وانتفى نسب الولد منه . القوانين الفقهية ص 269 .

(2) انظر : البنود من 762 إلى 764 ، في الفصل الأول ، من الباب الرابع ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 170 .

نتيجة المقارنات من بند 191 إلى نهاية 224

يتفق التشريعان فيما يأتي : البنوة - نتائج البنوة (الميراث وموانع الزواج والحقوق المتقابلة بين الولد وأبيه - البنوة الشرعية - دليل شرعية الولد (في الجملة) - إثبات الأبوة - إنكار الأبوة ونتائجها - دعوى إثبات البنوة - البنوة الطبيعية (في الجملة) - البحث عن الأمومة - نتائج الاعتراف بالولد (في الجملة) .

ويختلف التشريعان فيما يأتي : أنواع البنوة - الولد السابق على الزواج - البحث عن الأبوة الطبيعية - سقوط دعوى الأبوة الطبيعية - وولد الزنا وولد المحارم - الاعتراف بالولد للمتزوج .

بند [227] التبني وأولاد الشعب

القانون الفرنسي – التبني : هو وضع خاص لغرض تكوين عائلة ، والحصول على متعة التبني التقليدية ممن لا ولد له ، ولا ينتظر عادة أن يكون له ولد .

التبني ثلاثة أقسام : التبني العادي – التبني الجزائي – التبني في الوصية .

الشروط المطلوبة في جميع أقسام التبني

المتبني يجب أن يحوز الشروط الآتية :

أولًا – يجب أن يكون المتبنيّ قد جاوز الخمسين سنة .

ثانيًا – يجب أن يكون المتبنيّ زائدًا في عمره 15 عامًا على الأقل على المتبنّى .

ثالثًا – يجب أن لا يكون للمتبني أولادًا ولا أولاد أولاد شرعيين ، وأمّا وجود أولاد طبيعيين أو متبنيَّيْن فلا يمنع التبني .

رابعًا – إذا كان المتبني متزوجًا وجب عليه الحصول على موافقة زوجه على التبني .

خامسًا – يجب أن يقوم المتبني بالعناية بالطفل أو مساعدته لمدة ست سنوات على الأقل في مدة (قصوره) صغر الطفل بدون انقطاع ، ويجب أن يتمتع المتبنيّ بسمعة طيبة .

والشروط المطلوبة في الشخص المتبنّى هي :

أولًا – الولد المتبنّى يجب أن يكون بالغًا ، لأن التبني عقد بين طرفين حقيقة .

ثانيًا – الولد المتبنّى يجب أن يكون غير متبنّى من شخص آخر غير زوج هذا المتبني لاستحالة دعوى ولد لأبوين أو لأمَّين .

ثالثًا – يجب الحصول على رضا أب وأم الولد المراد تبنيه لغاية 25 سنة ، وبعدها يكفي إخبارهما بذلك رسميًا إن لم يقبلا .

ويجوز تبني الولد الطبيعي المعترف به من أبويه كما يجوز تبني غيره من أولاد الزنى .

بند [228] القانون الروماني

التبني عند الرومان : هو عمل قانوني به ينال ولد سلطة أبوية من رئيس عائلة . وأغراضه لمن لم يولد له أنه يريد وارثًا لاسمه وماله أو لغرض سياسي ، فالتبني هو هدم سلطة رئيس عائلة عن شخص وإيجادها من شخص آخر على نفس هذا الشخص (يعني انتقال سلطة بدل سلطة على الشخص المتبنَّى) .

وكان يبيع أب الولد المتبنَّى الحقيقي ولده إلى المتبنِّي ثلاث مرات فيعتقه بعد بيعتين ، ثم يبلغ رشده بعد البيعة الثالثة ، ثم يتحاكمون للقاضي فيأمر بحلول سلطة الأب المتبنِّي على الولد المتبنَّى بدل سلطة أبيه الحقيقي ، وأخيرًا كان التبني بإعلان أمام القاضي من المتبنِّي والولد المتبنَّى .

ويشترط أهلية المتبنَّى لتملك السلطة الأبوية كأن يكون ذكرًا رومانيًا ، ويجب الاختلاف في السن 18 عامًا بينهما ، ويجب الرضا والقبول من المتبنِّي والمتبنَّى . ونتيجة التبني دخول المتبنَّى ضمن عائلة المتبنِّي وحرمانه من ميراث أهله بالولادة [1] .

بند [229] التشريع الإسلامي

التبني كان مشاعًا في الجاهلية ، وكان الولد المتبنَّى يعتبر كولد الصلب ؛ فلا يجوز لمن تبناه أن يتزوج حليلته ولا ولدًا من أولاده كما كان يعتبر أولاد المتبني إخوة له ، فأراد الله جلت قدرته أن يجعل الولد لأبيه الحقيقي وأن هذه الأبوة الصناعية لا قيمة لها فقال : ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾ [2] ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ ﴾ [3] ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ ﴾ [4] .

وحكمة منع التبني ظاهرة واضحة ، وهي اختلاط الأنساب بجعل ولد الغير ولدًا للصلب ، فإن كان الزنى ممنوعًا في كل الشرائع والقوانين خصوصًا بين

(1) « ليس أولادنا من النسب هم وحدهم الذين يكونون في ولايتنا كما قدمنا ، بل يدخل فيها أيضًا من اتخذناهم أولادًا لنا بطريق التبني » طبقا لما أخذ به القانون الروماني . انظر الباب الحادي عشر من الكتاب الأول (في التبني) من مدونة جوستينان في الفقه الروماني ، ص 25 – 27 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 5 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 6 .

(4) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

المتزوجين لما فيه من اختلاط الأنساب ، وهي علة ظنية لجواز أن يكون الولد من ماء الزوج فما بالك باختلاط النسب المحقق وهو التبني ، فإن الولد المتبنّى يحمل اسم من تبناه ويرثه وكذا المتبني ، ويحرم عليه ما حرم بولد الصلب . إذًا كان هذا هو اختلاط الأنساب ، وفيه تحليل وتحريم بدون فائدة ولا مسوغ .

فحكمة منع التبني في التشريع الإسلامي حفظَتْ الأنساب واختطت طريق العقل والصواب فكيف بها وهي ممتدة من أمر علام الغيوب ، فهو أدرى بمصلحة عباده في الدنيا والآخرة فلم يشدد عليهم بإضافة محرمات أخرى غير من ذكر ولا ورثة آخرين غير من عدهم في سورة النساء ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ .. إلخ الآية ﴾ [1] .

وقد كانت هذه العادة متأصلة في نفوس العرب فأراد اللّه محوها بفعل رسوله لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا .فأمر الرسول ﷺ أن يتزوج امرأة زيد متبناه فخشي مقالة الناس فعاتبه اللّه عتابًا شديدًا حيث يقول : ﴿ وَإِذۡ تَقُولُ لِلَّذِيٓ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَأَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِ أَمۡسِكۡ عَلَيۡكَ زَوۡجَكَ وَٱتَّقِ ٱللَّهَ وَتُخۡفِي فِي نَفۡسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبۡدِيهِ وَتَخۡشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخۡشَىٰهُۖ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٞ مِّنۡهَا وَطَرٗا زَوَّجۡنَٰكَهَا لِكَيۡ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ حَرَجٞ فِيٓ أَزۡوَٰجِ أَدۡعِيَآئِهِمۡ إِذَا قَضَوۡاْ مِنۡهُنَّ وَطَرٗاۚ ﴾ [2] إلى أن قال جل شأنه : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٖ مِّن رِّجَالِكُمۡ ﴾ [3] إلى أخر الآية من سورة الأحزاب .

فلما تزوج الرسول زوجة زيد متبناه إطاعة لأمر اللّه ألغي التبني ، وبذا حفظت صحة الأنساب من الدخلاء فيها جهارًا نهارًا بعادات قبيحة لا تطمئن إليها النفوس السليمة .

لهذا رأينا من باب إتمام الفائدة وذكر التشريع المعمول به في القوانين الوضعية أن نذكر ما يختص بالتبني من غير مقارنة حيث إنه غير موجود إطلاقًا في التشريع الإسلامي ، فإن من نسب نفسه إلى غير ما عرف به فقد قذف أمه فيحد ، ومن نسب ولدًا لغير أبيه تصريحًا أو تلويحًا فإنه يحد .

---

(1) سورة النساء الآية رقم 11 .

(2) سورة الأحزاب الآية رقم 37 .

(3) سورة الأحزاب الآية رقم 40 .

بند [230] القانون الفرنسي

التبني الجزائي وهو الذي نتج عن إحساس من المتبنِّي مكافأة لمن يريد تبنيه جزاء معروف أسداه إليه كمن نجَّاه من غرق أو حرق أو أي كارثة أخرى أحدقت به . وشروطه هي الشروط المطلوبة في المتبنِّي ماعدا الخمسين سنة فقط يجب أن يكون بالغًا ، وما عدا 15 سنة فرق السن فقط يكون المتبنِّي أسنَّ من المتبنَّى ، وماعدا المساعدة والعناية فليس بلازم هنا [1] .

التبني في الوصية : وهو ما يوصي به شخص في وصيته لصالح ولد قاصر خوفًا من موته ، والولد قاصر لم يبلغ حد الرجولة . وشروطه هي شروط التبني المعروفة سابقًا . فقط يختلف في الشروط الآتية :

أولًا – الولد المتبنى يجب أن يكون قاصرًا بخلاف التبني العادي فيجب بلوغه .

ثانيًا – يجب على المتبنَّى أن يساعد ويعتني بالطفل المتبنى مدة خمس سنوات بعنوان كونه وصيًّا رسميًّا لا بأي عنوان آخر .

ثالثًا – لا يلزم الحصول على رضا الزوج الآخر في مثل هذا التبني .

قواعد شكل كل نوع من أنواع التبني :

التبني يمر في ثلاثة أشكال :

1 – إقرار أمام قاضي الصلح وذلك أن يحضر المتبنِّي والمتبنَّى بدائرة إقامة المتبنِّي ، ثم يقر المتبنِّي أنه تبنى هذا الشخص ، ويقر المتبنَّي أنه قبل هذا التبني . وبذلك تم التبني .

2 – التصديق على هذا التبني من المحكمة المدنية الابتدائية بدائرة قاضي الصلح بعد بحث الشروط القانونية والأسباب الداعية لذلك ، ثم التصديق على هذا الإقرار من محكمة الاستئناف ولها نقض قرار المحكمة المدنية كما للمحكمة المدنية إصدار قرار ضد التبني ، وجميع القرارات تكون غير مسببة فقط (مرفوض ، أو مقبول) .

3 – تسجيل التبني الذي صادقت عليه المحكمتان الابتدائية والاستئنافية في سجل

---

(1) انظر : البنود من 343 إلى 360 في الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 78 : 82 .

الأحوال المدنية بدائرة محل إقامة المتبنِّي ، ثم يؤشر بهامش ولادة المتبنَّى بمضمون ذلك . فإذا لم يسجل التبني في مدى ثلاثة أشهر من قرار المصادقة في محكمة الاستئناف بطلب أحد الطرفين اعتبر لاغيًا . وفي التبني الذي يكون في الوصية لا يشترط التصديق عليها من المحكمتين فقط يكون المتبنى قابلًا للتبني فيها .

نتائج التبني : لا فرق في نتائج التبني بين أنواعه الثلاثة ، التي تنتج خمس نتائج :

أولًا – يعطى الولد المتبنى الحق في حمل اسم المتبنِّي وإضافته إلى اسمه فيتناقله أبناؤه بعده .

ثانيًا – تنتج حالة تحريم بين المتبنِّي والمتبنَّى فلا زواج بينهما ولا بين المتبني وأولاد وزوجة المتبنى ، ولا بين المتبني وأولاد زوجة المتبنِّي حتى ولو كان كذلك أبناء تبني .

ثالثًا – توجد حالة تبادل وجوب المساعدة بين المتبني والمتبنى ؛ فعلى الغني منهما تقديم ما يحتاج إليه الآخر عند فقره .

رابعًا – يعطي التَّبنِّي لِلْمُتَبَنِّي الحق في ميراث من تبناه بلا فرق بينه وبين الولد الشرعي .

خامسًا – يعطي للمتبنى حق الرجوع الشرعي على ورثة المتبنَّى أو ورثة أولاده إذا مات وترك ما أعطاه له من تبناه فوجده بعينه فله الحق في أخذه .

هذه النتائج الخمس لا تتعدى المتبنِّي والمتبنَّى مطلقًا إلى أي شخص آخر ، وليس لأحدهما على الآخر حق خلاف ذلك خصوصًا في حقوق الأبوة الطبيعية والإذن في الزواج فتبقى للأب الطبيعي .

بند [231] أطفال الشعب

القانون الفرنسي : هذا تشريع حديث في القانون الفرنسي ابتدأ سنة 1917 . وأطفال الشعب هم [1] :

أولًا – الأيتام الذين فقدوا أمهم وأباهم أو عائل عائلتهم في مدة حرب سنة 1914 ضحية أعمال العدوّ الحربية أو المدنية .

---

(1) انظر : البنود من 361 إلى 370 ، في الباب الثاني من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 82 : 84 .

ثانيًا – الأطفال المولودون أو المحمول بهم قبل إجلاء العدو ، والذين كان أبوهم وأمهم أو عائلهم في حالة لا تمكنهم من كسب العيش بالعمل بسبب جراح أو أمراض حدثت أو تفاقمت مدة الحرب فهم ملحقون بالنوع الأول من أبناء الشعب .

ثالثًا – أطفال البلاد التي تحت الحماية ، وأطفال التبعية الفرنسية ، وأطفال الأجانب الذين تعهدوا بالدفاع عن فرنسا مدة الحرب في الجيوش الفرنسية ، والذين في حالة من الحالتين السابقتين . والمختص بعمل التبني هي المحكمة المدنية الابتدائية التابع لها محل الإقامة ، وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة ممن يمثل الولد قانونًا بإذن مجلس العائلة ، وفي غيابه يقدم من ممثل النيابة العمومية فتسمع المحكمة الموضوع من ممثل الطفل ثم من ممثل النائب العام ، ثم تحكم (الشعب تبنى ، أو الشعب لم يتبن) فقط ويمكن استئناف الحكم ، وتسجيل الحكم يكون مجانًا ، ويجب التأشير على سجل شهادة الميلاد بمضمون التبني في مدة شهر من تاريخ القرار .

نتيجة هذا التبني : له نتيجة واحدة وهو تولي الإنفاق على الولد المتبنى وتعليمه وتربيته كلًّا أو بعضًا حسب حالته .

ويشرف على مصالح أبناء الشعب ثلاث هيئات :

1 – المكتب الشعبي العام ، وأعضاؤه 99 عضوًا برئاسة وزير المعارف .

2 – مكتب المديريات لأبناء الشعب ويتكون من الموظفين وممثلين محليين برئاسة المدير .

3 – مكتب المراكز ويتكون من معلمين ومعلمات وعمد إلخ .

بند [232] التشريع الإسلامي

هذا التشريع الوضعي الحديث يتضمن معنى العطف والرحمة من المجموع على بعض أفراده الذين نكبوا في عائلتهم أو من يعولهم ، وهذا نوع من التضامن الاجتماعي الواجب على الأمم والشعوب في رعاياهم ؛ إذ ليس من العدل أن تنزل النكبات بالبعض فيحيق فيه به المرض والفقر ، بينما البعض الآخر ينعم في بحبوحة العيش ورغد الحياة ؛ فكان من العدل أن يتساند الجميع لانتشال البائسين وتخفيف وقع مصابهم ليشعروا أن من معهم من البشر لا ينسونهم أوْ لا يتناسونهم ، ولكن للأسف الشديد هذا التشريع الذي يظهر سنة 1917 تحت عنوان (أطفال الشعب)

قد وجد في التشريع الإسلامي منذ 1362 سنة .

فإن الركن الثالث من أركان الإسلام إيتاء الزكاة أي وجوب إخراجها عن ثلاثة أنواع . وهي :

1 - النعم وهي (الإبل والبقر والغنم) .

2 - الحرث وهو (القمح والشعير والحمص واللوبيا والعدس والفول والترمس والبسلة والجلبان والسلت والعدس والذرة والدخن والأرز والزيتون وحب الفجل الأحمر والسمسم والقرطم والتمر والزبيب) .

3 - العين وهي الذهب والفضة ، وشروط وجوبها وشروط أدائها وبيان مصرفها مشروحة في باب الزكاة فمن أراد الاطلاع فليرجع إليه .

وإن في مصرفها أي ممن تعطى له يدًا بيد أو تنفق في مصالحه التي ينتفع بها .

1 - الفقير ، وهو الذي لا يملك قوت عامه .

2 - المسكين وهو الذي لا يملك شيئًا بشرط أن يكونا حرين مسلمين إذا كان هذا التضامن الاجتماعي هو الأصل الثالث من التشريع الإسلامي .

فمن كان فقيرًا أو مسكينًا كبيرًا أو صغيرًا مات في حرب أو في سلم مَنْ يعوله وجب الإنفاق عليه من بيت المال وهو خزانة الدولة ، ولكن ليس المال نهبًا مباحًا لكل من يدعي ذلك .

بل من ادعى الفقر أو المسكنة أو ادُّعِيَ له ذلك إذا كان صغيرًا فإن كانت حالته ظاهرة لا تحتاج إلى دليل على فقره أو مسكنته لعجزه أو عوزه أو موت عائله وجب إعطاؤه من بيت المال ما يكفيه بالحسنى ولو نفقة سنة متى كان ذلك من المصلحة ، فإن ارتبنا في حالته من فقر أو يسار لأنه مستور الحال فلا يعطى إلا إذا أقام بينة ، وهي شاهد ويمين أو شاهدان ، فإن ثبت فقره أو مسكنته أعطي من بيت المال ما يكفيه [1] .

---

(1) الزكاة من أركان الإسلام الخمسة ، وقد اتفق الفقهاء على وجوبها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكًا تامًّا والأجناس التي تجب فيها طبقا لما تناوله الفقهاء هي .

1 - الذهب والفضة . 2 - الإبل . 3 - الغنم .

4 - البقر . 5 - المزروعات . 6 - عروض التجارة .

بداية المجتهد ج 1 ص 288 ، وراجع كتاب الزكاة في الشرح الصغير ومواهب الجليل وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني .

على أنه يشترط فيمن يأخذ من بيت المال ألا تكون نفقته واجبة على آخر موسر كنفقة أب على ولده والولد موسر فلا يعطى الأب من بيت المال شيئًا حتى ولو لم يأخذ من ولده بالفعل ؛ لأنه قادر على أخذها منه قضاء قهرًا ، وكذلك من كان له مرتب في بيت المال يكفيه فلا يأخذ شيئًا .

فإن كان المنفق متطوعًا فللفقير أو المسكين أخذ النفقة من بيت المال ، لأن المتطوع بالإنفاق عليه يمكنه قطع النفقة بلا فرض عليه بدوامها .

حتى ذهب المتشرعون الإسلاميون إلى أبعد من هذا في واجب التضامن الاجتماعي فقرروا أن من عنده يتيمة يجوز له أن يشورها من الزكاة بقدر ما يصلحها كما يراه القاضي . فأين هذا الآن [1] ؟ .

وعلى هذا فحقوق أفراد الشعب وأطفال الشعب الفقراء والمحتاجين مقررة ومنظمة بطريق لا يمكن للبشر أن ينظموها ولا أن يشرعوها ، وكلما اشتدت مشاكلهم في الحياة ، وضاقت بهم السبل تقربوا من التشريع السماوي ونسبوه لأنفسهم فكان جديدًا واختراعا لم يسبقوا به في نظر قصيري النظر والمقلدين المخدوعين لهم ، ولله في خلقه وملكه شئون ، ﴿ وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ مَا فَعَلُوهُ فَذَرْهُمْ وَمَا يَفْتَرُونَ ﴾ [2] .

بند [233] النفقة

القانون الفرنسي : واجب التغذية هو الواجب المتقابل الذي فرضه القانون على الأقارب أو الأصهار الأكثر قربًا بالمبادرة إلى المساعدة حيث يكونون في حاجة ماسة [3] .

من تجب عليهم النفقة : تجب النفقة بين من يأتي :

أولًا – النفقة الواجبة بين الأقارب ، لا تجب النفقة بين من يجتمعون في أصل واحد كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات ، وإنما تجب النفقة بين من لهم على بعض حق الولادة كولد وأبيه أو أمه ، وكأولاد ولد وجد ، أو أولاد أولاد ولد وجد

---

(1) جاء في القرآن الكريم النص على المستحقين للزكاة ، وذلك في قوله ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ... الآية ﴾ . بداية المجتهد ج 1 ص 288 . (2) سورة الأنعام الآية رقم 112 .

(3) انظر : البنود 203 – 205 إلى 211 من الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 349 ، في الفصل الأول من الكتاب الأول ، من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص80 .

الجد وهكذا في الخط المستقيم بشرط أن تكون القرابة شرعية .

كما تجب النفقة بين المتبني وبين أبيه وأمه بالتبني فقط درجة واحدة ، وكذلك بين ولد الزنى من الأقارب أو من متزوج بأخرى متى ثبتت البنوة .

ثانيًا – النفقة الواجبة بين الأصهار ، تجب النفقة بين زوج البنت وحميه وبين زوجة الابن وحماتها ويكون ذلك في درجة واحدة فقط فالزوج ليس ملزمًا بالإنفاق على جد زوجته وبالعكس .

ثالثًا – النفقة الواجبة بين الزوجين ، تجب النفقة بين الزوجين مادام عقد الزواج قائمًا ، فإن انحل الزواج بالموت بقيت نفقة الحي في مال المتوفى إلى وفاته ، وإن انحل بالطلاق فقد تفرض نفقة لمن صدر الطلاق في مصلحته كما سبق في نتائج الطلاق .

رابعًا – النفقة الواجبة بين المتبني والمتبنى ، تجب النفقة بالتقابل بينهما فقط لذاتهما فلا تتعداهما لمن يولد لهما .

وينتهي فرض النفقة كما يأتي :

1 – نفقة الأقارب ، بين الولد وأولاده لا تنقطع النفقة بينهما مهما كان السبب .

2 – نفقة المصاهرة ، تنتهي متى مات الزوجان وأولادهما الذين كانوا سببًا في فرض النفقة .

بند [234] التشريع الإسلامي

واجب النفقة بأنواعها قد حدده المشرع في مواضيعه بدون مقابلة في بعضها وهو واجب لأسباب ثلاثة .

أولًا – زواج . **ثانيًا** – قرابة خاصة . **وثالثًا** – ملك .

فلا تجب النفقة بالمصاهرة لأنه لا علاقة بين زوج البنت ووالديها ولا بين زوجة الابن ووالديه فالبنت أي الزوج بنت والديها فلم ينقطع نسبها عن والديها بالزواج ولم يكن من نتائج عقد الزواج الإنفاق إلا على نفس الزوجة نظير احتباسها لمنفعة الزوج أو نظير تنازلها عن حريتها ولزومها أوامر زوجها ، فإن كان أبواها محتاجين للنفقة وهي غنية موسرة وجب عليها الإنفاق عليهما فقط لا زوجها ، فهذا النوع

من النفقة ليس مقبولًا عقلًا فلم يشرعه الدين الإسلامي ؛ فيجب النفقة إذا على [1] :

أولًا : تجب النفقة على الزوج لزوجته بشرط عدم منعها زوجها من الاستمتاع بها ، وعدم خروجها بلا إذن ، وعدم اشتغالها بما يضيع حقه كزوج بلا إذن منه ، وبشرط كون الزوج موسرا عند مالك [2] . ولم يشترط ذلك أبو حنيفة ، وتجب النفقة ما دامت الزوجية قائمة حقيقية كأن كانت في العصمة ، أو حكمًا كأن كانت في العدة فتجب لها النفقة حتى تخرج من عدته ، فالعدة من توابع الزواج ، وهي محْتبسة لتعرّف براءة الرحم من ولده فالنفقة جزاء الاحتباس ، فإن ماتت سقطت النفقة ، وإن مات الزوج سقطت النفقة والكسوة ويبقى لها حق السكنى حتى تخرج من العدة ، فالنفقة تقدر بقدرها على الزوج لزوجته ولا تفرض نفقة إطلاقًا للزوج على زوجته .

ثانيًا – قرابة خاصة ، تجب النفقة للولد على أبيه وللأب على ولده بالاتفاق في جميع المذاهب بشرط كون الأب أو الولد مستحق النفقة فقيرًا بالفعل غير قادر على الكسب فإن قدر أمر بالتكسب وأجبر عليه وبشرط كون المطلوب منه النفقة موسرًا يفيض عنه ما يجعل في نفقة الطالب .

ولا تجب على غير الأب لولده أو الوالد لأبيه عند مالك [3] . وقال الشافعي تجب

---

(1) يقابل هذا النص المادة 20 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وهي تنص على ما يأتي :

« يسري على الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار قانون المدين بها » وذكر عبارة « فيما بين الأقارب » أريد به إخراج ما يعتبر من النفقات أثرًا للزواج وفقا لأحكام النصوص السابقة .

وقد أوردت المادة 13 من قانون نظام القضاء رقم 147 لسنة 1949 « النفقة للأقارب والأصهار » بين مسائل الأحوال الشخصية .

ومن الجدير بالالتفات أن المادة 919 من تقنين المرافعات تبين المحكمة المختصة نوعيًا بنظر دعاوى الأقارب والأصهار . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 7 .

(2) يقول ابن جزي : تجب النفقة لأربعة أصناف .

1 – الزوجات بشرط الدخول والتمكين من الاستمتاع وبلوغ الزوج وإطاقة الزوجة للوطء ولا يشترط بلوغها .

2 – أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم .   3 – الأبوان بشرط أن يكونا فقيرين .

4 – العبيد ، فعلى السيد النفقة على عبيده ذكرانهم وإناثهم . القوانين الفقهية ص 247 والكافي لابن عبد البر ص 298 ، 299 والتاج والإكليل ج 4 ص 180 ، 181 .

(3) يقول ابن عبد البر : لا يجب على الإنسان نفقة على أحد من جهة القرابة إلا الأبناء الصغار الفقراء =

للأصل وإن علا والفروع وإن سفلت ، وتجب للفروع على الأصول وإن علت فقط . وقال الإمامان أحمد بن حنبل وأبو حنيفة : تجب النفقة للقريب ذي الرحم المحرم ، فتجب للأخ على أخته ولابن الأخ على عمه ، وهكذا كل ذي رحم محرم تجب النفقة بالتقابل .

فعند مالك لا تجب للولد على جده ولا للجد على ولد ولده ، ولا للأخ على أخيه وهكذا ، وعند الشافعي لا تجب للأخ على أخيه ولا لابن الأخ على عمه ، وإنما تجب للأصول على الفروع في خط مستقيم وتجب للفروع على الأصول كذلك .

فيجب على الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا أو أنثى نفقة الوالدين المعسرين العاجزين عن الكسب مما فضل عنه وعن زوجاته وخادمه المحتاج إليه .

وتجب النفقة للأقارب الشرعيين ، وتسقط نفقة الأقارب بمضي المدة لأنها لدفع الحاجة ، وقد ثبت استغناؤه في هذه المدة التي لم يطلبها ولم يقبضها ، إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الدفع ويستدينها بالفعل فتجب ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء [1] .

ثالثًا – تجب النفقة بالملك فمن ملك رقيقًا أو دواب وماشية وجب عليه نفقتها من إطعام وسقي ولو عطبت ومرضت بحيث لا تقوى على الحمل أو الجر ، فإن أُمِر بالإنفاق وامتنع أجبر ، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو إجارتها أو ذبحها إن كانت تؤكل ، ويحرم تحميلها فوق طاقتها ، فإن فعل المالك وتكرر أخرجها الحاكم عن ملكه قهرًا .

وهذا هو الرفق بالحيوان وهو تشريع منذ وجد الدين الإسلامي ، ولكن يأخذ الأوربيون عن نظم ديننا ما هو مقرر فيها وينسبونه لأنفسهم ويخترعون له أسماء ، ثم يطالعوننا بها فيصدقهم الجهلاء بأنهم متشرعون مستنبطون نظمًا جديدة للبشر . بل وللأسف الشديد يصدقهم المتعلمون من غير أن يعرفوا عن أصول هذا التشريع شيئًا ، وهكذا كنزنا الثمين الذي ضمن نظم الحياة على أحسن وجه يكون نهبًا مباحًا ، ثم يغلب المسلم على أمره ويفرض عليه تشريع وضعي جائر وضعه أصحابه لغير المسلمين ، ولكن لو شاء ربك ما فعلوه .

وينتهي فرض النفقة حسب التفصيل الآتي :

= والأبوين إذا كانا فقيرين لا يقدران على الاكتساب ... الكافي لابن عبد البر ص 298 .

(1) يقول ابن عبد البر : وتجب النفقة على السيد لكل مملوك له ذكر أو أنثى ، صغيرًا كان أو كبيرًا ، على قدر السيد وحال المملوك بالمعروف ، ويجبر الرجل على أن يعلف دوابه أو يرعاها إن كان في رعيها ما يقوم بها . بل جعل ابن عبد البر هذه المسالة الأخيرة محل إجماع في التمهيد . الكافي لابن عبد البر ص 299 والقوانين الفقهية ص 245 :

أولًا : نفقة الزوجة ، تنتهي متى ماتت ، أو انقضت عدتها بعد الطلاق ، أو منعت نفسها من متعة زوجها بدون سبب شرعي ، أو نشزت عن طاعة زوجها ، وبعسر زوجها عند مالك ، ويسقط تقدير النفقة أو النفقة التي قدرها الحاكم بأكلها مع الزوج حسب العادة برضاها تموينًا .

ثانيًا – نفقة الأقارب تسقط بموت المفروض له أو المفروض عليه ، وبفقر المفروض عليه وبيسار المفروض له ، وبمضي المدة كشهر ونحوه بدون طلب إلا أن يأمر الحاكم بالاستدانة عند عدم الوفاء واستدان بالفعل فتكون دينًا في الذمة ولا تسقط ، وبما أن نفقة الأقارب قدرت بسببين : يسار المطلوب منه النفقة ، وفقر الطالب إليها ، فمتى زال أحد السببين انتهت النفقة حيث لا مبرر لها .

ثالثًا – نفقة الملك ، تسقط متى مات العبد أو الدابة أو باعها المالك أو بيعت عليه لأي سبب .

بند [235] شروط وجوب النفقة

القانون الفرنسي : يجب توافر شرطين في وجوب النفقة (1) :

أولًا – يجب أن يكون طالب النفقة في حالة احتياج .

ثانيًا – يجب أن يكون المطلوب منه النفقة في حالة سعة وقدرة .

ومحكمة الموضوع هي التي تقدر هذين الظرفين حسبما ترى .

ترتيب النفقات بين الطالبين : إذا اجتمع الأقارب والزوجة والأمهات في طلب النفقة فهل تجب للجميع ، أو تجب لطبقة دون أخرى لم ينص القانون على شيء لكن العمل جار على ما يأتي :

أولًا – الزوج والزوجة مقدمان على من عداهما من طالبي النفقة .

ثانيًا – الأولاد وأولاد الأولاد إلخ فيقدم الابن ثم ابنه وهكذا .

ثالثًا – الآباء والأمهات والأجداد والجدات فيقدم الأقرب فالأقرب من الأصلين : أصل الأب وأصل الأم سواء .

---

(1) انظر : البنود 203 ، 205 إلى 211 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 349 في الفصل الأول من الباب الأول ، من الكتاب الثامن من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، ص 80 .

رابعًا – زوج البنت وامرأة الابن .

خامسًا – أبو الزوجة وأبو الزوج .

وهذا الترتيب ليس واجبًا على المحكمة اتباعه ، فقط يعتبر كدليل ولها الحكم بغير ذلك . كما ترى المصلحة .

وليست النفقة واجبة بالتضامن بين من تجب عليهم للمحكوم له الرجوع على أحدهم . وهذا الأخير يرجع على الباقي بل يطلب كل بما فرض عليه .

ولا تنتقل النفقة إلى ورثة المفروض لهم فتنقطع بموتهم ، لأنها فرضت للشخص نفسه فلا تورث عنه ، كما لا ينتقل المفروض على ورثة المحكوم عليهم بالنفقة وتسقط النفقة بموتهم .

بند [236] التشريع الإسلامي

إن شروط فرض النفقة ووجوبها تختلف في كل نوع من نفقة الزوجة ونفقة الأقارب .

1 – نفقة الزوجة ، تجب نفقة الزوجة بعقد الزواج بشرط أن تكون مطيقة مطيعة لزوجها في عصمته ليست ناشزًا ، والزوج ليس معسرًا بها (عند مالك في الإعسار) وعند أبي حنيفة تجب في الذمة لميسرة ، فإن كانت الزوجة صغيرة جدًّا أو خارجة عن طاعة زوجها أو مطلقة وخرجت من العدة فلا نفقة لها [1] .

ولا يشترط احتياج الزوجة للنفقة فلو كانت غنية موسرة فلا تلزم بالإنفاق على نفسها ؛ لأن النفقة جزاء طاعة زوجها ، وهي نتيجة حتمية يوجدها عقد الزواج فتجب النفقة على الزوج مع عدم احتياج زوجته . فإن كانت تعيش معه تموينًا يعني

---

(1) جاء في الشرح الكبير 508/2 أن أسباب النفقة الثلاثة القرابة والرق والنكاح وأقوى أسبابها النكاح : فلذا بدأ به فقال بوجوبها لممكنة من نفسها مطيقة للوطء بلا مانع بعد أن دعت هي أو مجبرها أو وكيلها للدخول بها ، ولو لم يكن عند حاكم وبعد مضي زمن بتجهيز فيه كل منهما عادة .

وجاء في حاشية الدسوقي 508/2 أن النفقة واجبة لزوجة ممكنة لا تمتنع من الوطء إذا طلبت ، سواء كانت حرة أو أمة بوأها زوجها معه بيتًا أو لا ، كان الزوج حرًّا أو عبدًا . وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها في عصمته من كسبه ولا يمنعه سيده من ذلك . وإن كانت الزوجة أمة فنفقتها كذلك على زوجها حرًّا كان أو عبدًا بوأها زوجها بيتًا معه أم لا .

يُحضر الأكل ويؤاكلها وليس مقترًا عليها فبها ، وإلا فإن اشتكت تقصيرًا أو تقتيرًا فرض لها القاضي نفقتها كل يوم أو كل شهر أو كل سنة حسب حالة زوجها في كيفية معاشه ، ويجب على الزوج أداؤه .

ثانيًا – نفقة الأقارب : فيشترط فيها أن يكون طالب النفقة محتاجًا للنفقة فقيرًا معدمًا وأن يكون المطلوب منه النفقة موسرا يفيض من كسبه أو من ماله ما يفي بنفقة القريب فإن لم يف إلا ببعضها فرض عليه البعض ، ويشترط عدم قدرة القريب على التكسب (عند مالك) وإلا أجبر عليه ولا تجب له نفقة ، ويرى أبو حنيفة أنه يجب في نفقة الأبوين والنساء من الأقارب أن لا يكونوا متكسبين بالفعل ، فلا يجبرون على التكسب ، بل نفرض لهم بِرًّا بهم ورحمة فإن تكسبوا بعد الفرض ليسارهم [1] .

فإن تعدد طالب النفقة يبدأ أولًا بنفس الشخص ثم بزوجه ثم بولده الصغير ثم بأمه ثم بأبيه ثم الولد الكبير(الشافعي) وعند ابن حنبل (نفسه ، زوجته ، ولده ، أبوه ، أمه ، ولد ابنه ، جده ، فأخيه ثم الأقرب فالأقرب) .

وإذا حكم بالنفقة لأب على أولاده فلا تضامن بل كل واحد مسئول عن نفسه يؤدي ما حكم عليه للمحكوم له .

ولا تورث النفقة المحكوم بها إلا إذا كان مأمورًا بها من القاضي واستدانها المتوفى بالفعل .

وأما نفقة الزوجة فهي دين في الذمة لا تسقط إلا بالقضاء أو الأداء فتورث عنها لورثتها متى كانت مقدرة ، وحكم النفقة لا يتعدى المحكوم عليه لورثته فيسقط بموته [2] إلا المتجمد [3] .

---

(1) جاء في الشرح الكبير 522/2 أنه إنما تجب نفقة رقيقه بالملك ، وبالقرابة على الولد الحر الموسر صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا أو أنثى ، لينفق مسلمًا أو كافرًا ، صحيحًا أو مريضًا (نفقة للوالدين) الحرين ولو كافرين والولد مسلم أو بالعكس المعسرين بنفقتهما كلًّا أو بعضًا فيجب عليه تمام الكفاية حيث عجز عن الكسب ، وإلا لم تجب على الولد ، وأجبرا على الكسب على المعتمد ، كما أن الولد إنما تجب نفقته على أبيه عند عجزه عن الكسب ... ولا يجب على الولد المعسر أن يتكسب بصفة أو غيرها لينفق على أبويه ولو كان له صنعة وكذا عكسه .

(2) تسقط النفقة الواجبة للقريب بموته ، لأن سبب وجوبها هو حاجته للنفقة ، وقد انقضت هذه الحاجة بموته ، وهي بهذا لا تنقل لورثته ، فلا حق لهم في المطالبة بها .

(3) متجمد النفقة ، هو المستحق منها عن مدة سابقة . ذلك أن النفقة تستحق بالحاجة إليها أو الحكم بها على =

بند [237] مادة وطبيعة النفقة

القانون الفرنسي : تشمل النفقة الأكل والكسوة والمسكن وكل ما هو ضروري للوجود ويجب دفعه نقدًا معجلًا كل شهر أو في السنة مرتين أو ثلاثة حسب التقدير .

وبما أنه مراعى في فرض النفقة حاجة الطالب ومالية المطلوب منه فالنفقة تتغير تبعًا لهذين الأصلين فيجوز طلب منع المحكوم له من النفقة لعدم الاحتياج كلًّا أو بعضًا لغناه أو لفقر المحكوم عليه كما يجوز التخفيض ، فلا يحوز حكم النفقة قوة الشيء المحكوم فيه ، كما يجوز طلب الزيادة إذا جد ما يدعو لذلك في السببين المذكورين . ويجوز دفع النفقة من طبيعة الأشياء لا نقدًا فيُضَمُّ المحكوم له لعيال المحكوم عليه حينما يثبت أن المحكوم عليه لا يمكنه دفع النفقة نقدًا ، وكان المحكوم له أبًا أو أمًّا ، فيتولى المحكوم عليه تعهدهما في عياله ، وهذا يكون بحكم المحكمة فلها تقدير ظروف الموضوع [1] .

بند [238] التشريع الإسلامي

النفقة تشمل ، الطعام ، والإدام ، والكسوة ، والمسكن ، والفرش ، والغطاء ويجب دفعها معجلًا في أول كل شهر أو نصف سنة أو سنة حسب العادة وحالة الشخص المحكوم عليه .

والنفقة تتبع الحاجة واليسار في الأقارب وفي أسعار المعيشة وزيادة سن الصغير فإن أعسر المحكوم عليه في نفقة الأقارب سقطت عنه وكذا إن أيسر المحكوم له ، فإن زادت المعيشة وكان المفروض لا يفي وجب زيادة المفروض مادام عند المحكوم عليه سعة ، وإن تدنت الأسعار وجب تخفيضها حسب الطاقة وإن كبر المفروض له زيدت النفقة .

= الخلاف بين الفقهاء في ذلك . فمن رأى استحقاق النفقة بقيام سببها ، وهو الحاجة إليها أخذ باعتبار النفقة دينا في ذمة المنفق ، حتى لا تبرأ ذمته إلا بالأداء أو الإبراء ، ومن ذهب إلى استحقاق النفقة بحكم القاضي بها اعتبرها دينا على المنفق من تاريخ الحكم ، فلا تسقط كذلك إلا بالأداء أو الإبراء . ولذا لو مات المستحق لها دون أن يأخذها أو يبرئ منها انتقلت لورثته .

(1) انظر : البنود 203 ، 205 إلى 211 في الباب الخامس من الكتاب الخامس ص 49 ، 50 وبند 249 ، في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثامن ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 80 .

وتشمل نفقة الأقارب أجرة التعليم وما يحفظ به صحته من تداو ، كل هذا في نفقة الأقارب . وأما نفقة الزوجة فلا تتغير إلا إلى الزيادة أو النقص ، ولا علاقة لها بمالية الزوجة إطلاقًا فلها ما لها كاملًا ، ولها نفقتها على زوجها ما دامت زوجة مطيعة لزوجها بالشروط السابقة . ويجوز للمحكوم عليه ضم والديه إليه أو أحدهما مع عياله لعدم كفاية النفقة للجميع منفردين [1] .

(1) قال ابن شاس : واجبات النفقة ستة : الطعام ، والإدام ، والخادم ، والكسوة ، وآلة التنظيف ، والسكن ، ومن المدونة لاحد لنفقة الزوجة ، هي على قدر عسره ويسره » . التاج والإكليل ج 4 ص 182 الكافي لابن عبد البر ص 298 القوانين الفقهية ص 168 .

نتيجة المقارنات من بند 225 إلى نهاية بند 238

يتفق التشريعان فيما يأتي : أطفال الشعب - واجب النفقة - النفقة بين الأقارب - النفقة بين الزوجين (في الجملة) - شروط وجوب النفقة (في الجملة) - وطبيعة النفقة .

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

التبني - التبني الجزائي - التبني في الوصية - نتائج التبني - النفقة بين الأصهار - النفقة بين المتبني ومن تبناه .

الكتاب الثالث

السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية

بند [239] القانون الفرنسي

السلطة الأبوية أو ولاية الأب : هي جملة الحقوق الممنوحة للأب والأم بموجب القانون على شخصية وأملاك أولادهم لمعاونتهم وحمايتهم حتى يصلوا إلى السن الذي به يسيرون أنفسهم في الحياة [1] .

تتعلق الحقوق الأبوية مدة الزواج بالأب والأم أصالة فيبقى الولد تحت سلطتيهما الشرعية . غير أن القانون رأى أن الأبوين لا يمكن أن يستعملا حقوقهما على ولدهما في وقت واحد فعهد إلى الأب بهذه السلطة ، فقط لأنه رئيس العائلة فوجب توحيد الرئاسة . وهذا من الحق العام ؛ فلو اشترط الزوجان في عقد ترتيب أموالهما أن السلطة على الأولاد تكون للأم حال وجود الأب كان هذا الشرط باطلًا ، وللأم فقط مراقبة الأب في تصرفه فإن رأت ما لا يتفق ومصلحة الولد أمكنها رفع الأمر للقضاء للفصل فيه بما يحقق مصلحة الصغير .

وتنتقل الحقوق الأبوية إلى الأم في الأحوال الآتية :

1 - موت الأب . 2 - غياب الأب .

3 - في حالة عدم إمكان الأب مباشرة سلطته لأنه محجور عليه قضائيًا أو ممنوع قانونًا .

4 - في حالة حرمان الأب من مباشرة سلطته الأبوية قانونًا متى قررت المحكمة أن للأم مباشرة هذه الحقوق متى وجد الأب أو الأم فليس للجد أو للجدة أي حق قبل أولاد أولادهم ، فقط يجب على أولاد الأولاد احترام أجدادهم وجداتهم ، فإن مات الأبوان فالسلطة تنتقل للأجداد .

بند [240] التشريع الإسلامي

السلطة الأبوية أو ولاية الأب : وهي حقوق ممنوحة للأب أو لوصيه أو للحاكم محددة في التشريع الإسلامي على شخصية الولد وعلى أملاكه لمعاونته وحمايته

---

(1) انظر : البنود من 371 إلى 387 في الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 84 : 87 .

حتى يصل إلى سن معين يسير بنفسه في الحياة [1] .

حقوق الأب من ولايته على ولده وعلى أملاكه ثابتة مدة الزواج وبعد الزواج بلا فارق بينهما ، ولا سلطة للأم لا على النفس ولا على مال الولد ما دام الأب موجودًا ، وليست المسألة مسألة رئاسة يتولاها الأب ثم تنتقل إلى الأم بعد وفاة الأب ، وإنما مسألة أن الأب هو الذي يجب عليه الإنفاق على ولده بل وعلى زوجه فهو الذي له الولاية ، وهي من الحقوق العامة التي لا تنزع من الأب إلا لعارض [2] كعدم الرشد أو الفسق والفجور بما يتنافى مع مصلحة الصغير .ويحكم حاكم بنزع سلطة الأب في مال ولده متى كان كذلك .

وللأم كما لأي شخص آخر إذا رأى أبًا أتلف مال ولده أو بدده بسوء تصرف وعمل لا يتفق مع مصلحة الولد أن يتقدم للقاضي طالبًا سلب سلطة هذا الأب عن ولده لذلك ، ومتى ثبت ذلك لدى القاضي انتزع مال الطفل منه وسلمه لوصي يرتضيه ، وقد تكون الأم متى كانت رشيدة .

وتنقل حقوق الأب إلى الأم إذا رأى القاضي المصلحة في ذلك سواء في حياة الأب متى كان مِتْلافًا أو في حالة جنونه أو عدم أهليته للتصرف شرعًا ، فانتقال الحق إلى الأم لم يأت لأنها أم ، وإنما جاء لأن الأب غير أمين أو غير موجود ورأى القاضي في ذلك مصلحة .

ومتى وجد الأب رشيدًا فليس للأم ولا للجد أي حق قِبَلَ أولاد أولادهما سوى حق الاحترام أو إجراء النفقة عليهما بشروطها السابقة على غيَر مذهب مالك في الجد .

فإن مات الأب انتقلت السلطة إلى وصيه أي وصي الأب ، فإن لم يوجد فوصي وصي الأب ، فإن لم يوجد فالحاكم (مذهب مالك) . ويرى أبو حنيفة أن السلطة بعد الأب للجد ، فهو ولي مجبر عنده ، درجته بعد الأب ووصي الأب ، فإن لم

---

(1) تسرى أحكام الشريعة الإسلامية على المصريين المسلمين فيما أخذ به القانون المدني المصري ، المادة السادسة عشرة . وتجرى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك على رعاية مصالح المحجورين التي لا يستطيعون القيام بها بأنفسهم ، لضعف تفكيرهم وقلة خبرتهم . راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 21 منه ، ونصها أنه يسرى « على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته » .

(2) قاعدة : الولاية من الحقوق العامة التي لا تنزع من الأب إلا لعارض .

يوجد أب ولا وصيه ولا جد فوصي الجد إن كان وإلا فللحاكم . هذا في المال .

وأما السلطة الأبوية على نفس الصغير فهي للأب ، ثم للجد ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب إلخ العصبات .

ويرى الشافعي أن ولاية الأب (السلطة الأبوية) تكون للأب حال حياته ثم لوصيه بعد مماته ، ثم للجد وإن علا ، ثم لوصيه بعد وفاته ، ثم للقاضي فيعين من يتولى أمر مال الصغير ولو أما ، وهي أولى .

وبهذا أجمع مشهور المذاهب الإسلامية الاجتهادية على أن الأم لا تتولى السلطة الأبوية إلا إذا أسندها إليها الحاكم لعجز في الأب عند بعضهم أو الجد عند البعض الآخر سواء أكان عجزًا حسيًّا أم معنويًّا ، فالأم لا تكون إلا وصية إما من الأب أو الجد أو الحاكم [1] .

ولم تتول الأم السلطة الأبوية بالنص في التشريع لمعنى في كيانها ؛ فهي مخلوق ضعيف لا يقوى على أعراض وجوده من حمل ووضع وطمث وتعهد منزل وتربية أولاد صغار . ولم تتعود المرأة خوض غمار الحياة والمجادلة والدفع والتدافع كخلقة الرجل . فإن تعينت مصلحة الصغير في جعلها وصيًّا بإرادة الأب أو الجد أو برأي القاضي صح تكليفها بذلك لأن حقوق الصغير أولى بالرعاية [2] .

بند [241] القانون الروماني

السلطة الأبوية في القانون الروماني جعلت لحفظ وحماية الطفل أخيرًا ، فهي واجبات على الأب حتى يبلغ الطفل سنًّا معينة تمكنه من الاعتماد على نفسه في الحفظ والرعاية ، ويستعملها الأب . وفي غيبته تباشرها الأم ، والسلطة الأبوية لدرجة واحدة ؛ فلا تتعدى الأب إلى الجد ، فلا سلطة له على أولاد ولده . وللأب التنازل عن السلطة الأبوية بإشهاد متى بلغ الولد سنًّا معينة فتفك الوصاية عنه تحت التجربة .

والعائلة الرومانية ترتكز على سلطة الرئيس ؛ فسلطان رئيس العائلة هو أساس

---

(1) قاعدة : الأم لا تكون إلا وصية إما من الأب أو الجد أو الحاكم .

(2) اتفق الفقهاء في نظرهم في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة وأن سوالبها أضداد ذلك ، أي الكفر والصغر والأنوثة . واختلفوا في ثلاثة العبد والفاسق والسفيه إلخ . بداية المجتهد ج 2 ص 18 الشرح الصغير ج 3 ص 156 .

العائلة والقرابة لا الزواج ، فالقرابة لا تعتمد على علاقات الدم ، ولكنها تعتمد على تحقيق السلطة ؛ فالقرابة تكون بين كل من تجمعهم سلطة واحدة لشخص واحد ، فإن وجدت علاقة الدم فقط دون الاجتماع تحت سلطة واحدة كانت قرابة طبيعية بدون رئيس قانوني ، فسلطة الأب على أولاده أو أفراد عائلته كسلطة السيد على عبيده ، فليس على الأب أي واجب فهو الذي له شخصية قانونية ، وهو المالك ، وهو الذي يترك تركة تورث عنه وهو رب العائلة .

والسلطة الأبوية ليس للمرأة حق فيها وإنما هي محصورة في الذكور ، ولا تنقطع السلطة الأبوية لا بالبلوغ ولا بالزواج ، وقد كان لرب العائلة الحق في القتل لولد العائلة كالرق والبيع والإجبار على الطلاق لولده ، ثم منع هذا في عصر القانون النظامي [1] .

بند [242] القانون الفرنسي

واجبات السلطة الأبوية ، وهي جملة الواجبات المفروضة على الأب والأم والامتيازات المتعلقة بهم لحماية أولادهم . وهي :

أولًا – واجب التموين والتربية والتعليم . **ثانيًا** – واجب الحفظ .

ثالثًا – واجب التأديب . **رابعًا** – إدارة أمواله القانونية .

خامسًا – التمتع بأملاكه قانونًا .

فواجب التموين يشمل كل ما يتوقف عليه وجوده من مأكل ومشرب ومسكن وملبس ، وهو واجب بين الأب والأم ؛ فإن افتقر الأب وجب على الأم في أموالها الشخصية .

وواجب التعليم يشمل تكوين الطفل أدبيًا وعقليًا واختيار دين له ، فيجب إرساله من ست سنوات إلى 13 سنة في المدارس الابتدائية .

وحق الحفظ هو أن يكون الطفل في مسكن أبيه أو أمه ومقيمًا معهما فيجبران على ذلك ، فيكون محل إقامة الولد القانوني هو محل إقامة والديه ، وإمضاء عقد عمل الولد يكون برضاء والديه إلى 21 سنة ، والإذن لولده بدخول العسكرية متطوعًا قبل 21 سنة من عمره .

---

(1) انظر : الباب التاسع من الكتاب الأول ، ص 20 ، الباب الثاني عشر من الكتاب الأول ص 28 – 31 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

وحق التأديب هو حق وضع الطفل بمدارس التأديب والتربية لعدم سير الولد سيرًا طبيعيًّا وذلك بعد الفصل في الطلب بمعرفة المحكمة .

وحق إدارة الأملاك القانونية ، فما دام الأب والأم على قيد الحياة فالسلطة الأبوية هي الحاكمة فإن مات الأبوان تعين الوصي .

وقد يرث الولد أو يوصَى له فتكون له ثروة ، وحينئذ تكون إدارة أملاكه القانونية بمعرفة الأب ، وقد تعرض أحوال لا تكون الإدارة بيده ، وذلك :

1 – متى حكم بمنع الأب من مباشرة إدارة أموال ابنه فتتولى الأم مكانه بنفس السلطة التي كانت مخولة له بدون احتياج لإذن .

2 – في حالة الطلاق أو الفراق الجسماني فتكون إدارة أملاك الأطفال إلى من حكم لصالحه في ذلك وحكم بحفظه للأولاد .

3 – تعين المحكمة مديرًا لأملاك الطفل في حالتين :

أ – متى تعارضت مصلحة المدير مع مصلحة الطفل .

ب – إذا منع الأب والأم من إدارة أملاك ولدهما ، ولم يحرما قانونًا من حقوق الأبوين .

4 – إذا وهب أو أوصى شخص للطفل بأموال واشترط إدارتها بمعرفة واحد غير أبوي الطفل ، فله ذلك [1] .

بند [243] القانون الروماني

إن السلطة الأبوية كانت أولًا مؤسسة لمنفعة المباشر لها ، وكانت مستمرة لا تنقطع وخاصة بالأصول الذكور ، وليس لولد العائلة ملك خاص بل جميع ما يملك لرئيس العائلة ، فإن تعاقد على التملك فهو وسيط لرئيس العائلة ، ولا يمكنه جعل الرئيس مدينًا [2] .

ثم انحصرت حقوق رئيس العائلة في دائرة ضيقة في عصر القانون النظامي ، فكان للولد حق امتلاك بعض الأملاك من عمله ، وكان لرئيس العائلة الحق في إدارة بعضها والتمتع بإيرادها .

---

(1) انظر : البنود من 371 إلى 387 في الكتاب التاسع من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 84 : 87 .

(2) انظر : الباب التاسع من الكتاب الأول ، ص 20 والباب الثاني عشر من الكتاب الأول ، ص 28 – 31 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

بند [244] التشريع الإسلامي

يجب على الأب لولده :

1 - التموين وهو كل ما يتوقف عليه وجود الولد من مأكل ومشرب ومسكن وملبس ، وهو واجب على الأب أصالة ، فإن افتقر الأب وجب الإنفاق على الأم (عند غير مالك فعنده لا تفرض نفقة على الأم لغير الرضاع وهو غريب) فإن كانت موسرة وأنفقت فلا ترجع بها على الأب ، فإن أنفقت والأب موسر وتعذر الإنفاق من مال الأب رجعت بما أنفقت . (مذهب مالك) ومذهب أبي حنيفة أن الأم أحق بالإنفاق على ولدها عند عسرة الأب على أنه يحق لها الرجوع على الأب [1] عند يساره ، فإن كان زمنًا عاجزًا عن الكسب نزل منزل المعدوم ووجبت النفقة على الأقرب فالأقرب على الترتيب السابق .

2 - واجب التعليم : يشمل تكوين الطفل أدبيًا وعقليًا واختيار أحسن دين وهو الإسلام . ولكن المشرع الإسلامي وضع قاعدة عامة في الدين ، وهي (أن الولد يتبع خير الأبوين دينًا) [2] ولو اختارا له غير ذلك لأن هذا حق عام ، فيجب تعليمه وتثقيفه ، فإن كان الولد فقيرًا والأب كذلك وجب على الأب تعليمه مهنة أو حرفة يتكسب منها ، فإن كان الولد غنيًا فنفقته من كل شيء حتى في تعليمه تكون في ماله لا في مال أبويه .وعلى الأب حفظ ولده إلى بلوغه عاقلًا في مسكنه أو في مسكن آخر تحت إشرافه المباشر فمحل إقامته مع والديه قانونًا [3] .

ولوالد الصغير أو وصيه إيجار صغير بما يرى فيه المصلحة له ونفقته إذًا في أجر عمله إلى 18 عامًا ، فله أن يذهب حيث يشاء إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد فلوليه منعه ، وبعد الثمانية عشر عامًا يتعاقد كما يشاء متى كان رشيدًا .

وللأب حق تأديب الصغير ، متى أساء ، إلى سن العاشرة بنصحه ثم زجره ثم

---

(1) جاء في الشرح الكبير : 524/2 أنه تجب نفقة الولد على أبيه الحر الموسر بما فضل عن قوته وقوت زوجته أو زوجاته حتى يبلغ عاقلًا قادرًا على الكسب فتسقط عن الأب ... وتجب نفقة (الأنثى) الحرة على أبيها حتى يدخل بها زوجها البالغ .

(2) قاعدة : الولد يتبع خير الأبوين دينًا .

(3) جاء في الشرح الكبير 527/2 : أن للأب وغيره من الأولياء تعهده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب . وجاء في حاشية الدسوقي 527/2 : (قوله وللأب تعهده) أي النظر في شأنه وقوله وأدبه . أراد بالأدب التأديب .

بضربه بإيلام لا يكسر عظمًا ولا يثخن لحمًا . فإن لم ينزجر ورأى فيه ميلًا للإجرام سلمه للحاكم ليقوّمه بالزجر الرادع وبحبس حريته حتى يعود لرشده ويستقيم أمره ، وهذا التأديب يكون للوصي والأم أيضًا متى كانت وصية .

وإدارة أملاك الصغير تكون للأب مستور الحال ، غير مشهور بسوء تصرف ولا خيانة أمانة ، ويحمل تصرفه على السداد والمصلحة ، فإن تبين أن الأب أتلف مال الصغير أو أساء إدارته انتزعه الحاكم منه وسلمه لعدل يتصرف فيه لحساب الطفل ولو كانت أما ، فإن مات الأب عين القاضي وصيًا إن لم يكن الأب عين له وصيًا مختارًا (عند مالك) [1] ، وعند غيره الجد فالجد أحق من وصي القاضي إلا إذا أساء فيعين القاضي وصيًا مسئولًا عدلًا ، وقد تعرض أحوال لا يكون الأب فيها مديرًا لأملاك ولده ، وذلك في حالة منعه من ذلك شرعًا كأن يكون سيئ السيرة مبذرًا متلافًا لأموال ولده ، وكذلك إذا وُقِفَ على الطفل أو وهب له مال بشرط أن لا يتولى إدارة الوقف أو بشرط في الهبة أن لا تجول يد الأب فيها وقبل الأب لولده بهذه الشروط ، فلا يتولى الأب ، ولكن يعين الحاكم من يرى فيه تحقيق مصلحة الصغير ولو كانت أما بل وهي أولى متى توفرت فيها المصلحة .

فإن تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه عين الحاكم من يمثل مصلحة الصغير ويحافظ عليها ، وكذا إذا خيف ضياع أموال الصغير ولم يتقدم الأب لإدارتها وحفظها يعين الحاكم وصيًا للقاصر .

بند [245] مدى سلطة إدارة أموال الطفل

القانون الفرنسي : إدارة أموال الأطفال القانونية هي فعل ما يفعل الوصي فقط أو بإذن مجلس العائلة ، ولا يمكنه عمل ما لا يعمله الوصي إلا بإذن المحكمة ، والواجبات المفروضة على الإدارة هي :

1 - يجب حصر أملاك الصغير وجردها وتحويل السندات التي لحاملها إلى سندات اسمية .

---

(1) يقول المواق : « واجبات النفقة ستة : الطعام والإدام والخادم والكسوة وآلة التنظيف والسكنى ... » . التاج والإكليل ج 4 ص 182 وما بعدها والكافي لابن عبد البر ص 298 .

2 - تجب إدارة الأملاك كأب عائلة حريص على أملاك ولده وهو مسئول عن الأملاك التي يديرها بمقتضى القانون العام ، ويجب استغلال مال الطفل متى زاد عن 1500 فرنك .

3 - يجب عمل حساب ختامي عند نهاية الإدارة وتجرى عليه قوانين محاسبة الوصي وتطبق عليه قوانينه .

وأسباب نهاية إدارة أموال القصر التي تنتهي بها الإدارة القانونية هي :

1 - في حالة نهاية السلطة الأبوية بالموت أو الحجر أو تعيين مجلس قضائي .

2 - في حالة المنع القضائي بصدور حكم يسلب حق الإدارة من الأب لأسباب هامة بناء على طلب النائب العام ، أو بناء على طلب الأب أو الأم إذا كانت الإدارة في يد غيرهما [1] .

بند [246] التشريع الإسلامي

إدارة أموال القاصر وحفظها تختلف باختلاف من يديرها ؛ فإن كان الأب وكان رشيدًا مشهورًا بالاستقامة أو مستور الحال فيتصرف في مال ولده كما يشاء بيعًا وشراء إلخ ، ويكون رائده دائمًا مصلحة الولد فتصرفه دائمًا محمول على المصلحة فلا يتعقب بحال ، ولكن لا بد من وجود سبب حقيقي يدعوه حتى لبيع عقاره [2] .

وإن كان غير الأب فيتصرف الوصي أو الحاكم في مال الصغير بما فيه مصلحته ، ولكن لا يبيع عقار الصغير إلا لسبب وبيّنة تشهد بالمصلحة فلا يُصَدَّق الوصي أن البيع لمصلحة إلا إذا شهدت بيّنة بذلك [3] .

---

(1) انظر : بند 451 في الفصل الثامن من الباب الثاني ، من الكتاب العاشر ص 101 وبندي 469 ، 470 في الباب التاسع من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 106 ، 107 .

(2) يقول الدردير : إن للولي الحق في بيع أموال وليه وإن لم يذكر السبب ، وإن كان لابد من سبب من الأسباب ، لكن لا يلزمه البيان مطلقًا إلا العقار مطلقًا إذا باعه (فبيان السبب) خلاف . وليس له أي للوصي هبة من مال محجوره للثواب ، لأن الهبة إذا فاتت بيد الموهوب له لا يلزمه إلا القيمة ، والوصي كالحاكم لا يبيع بالقيمة ، بخلاف الأب ثم يلي الوصي حاكم أو من يقيمه وباع الحاكم ما دعت الضرورة إلى بيعه من مال اليتيم بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى بالبيع من غيره . الشرح الكبير 299/3 ، 300 .

(3) يقول ابن رشد : إن الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصي وإما مهمل وهم الذين يلغون ولا وصي لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذو والآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف ...] راجع بداية المجتهد ج 2 ص 419 ومواهب الجليل ج ، 5 ص 60 ، 61 ، 62 ويقول الدردير [ويتصرف الولي على المحجور وجوبًا بالمصلحة العائدة على محجوره] الشرح الصغير ج 3 ص 156 ، 157 .

ويجب على مدير أموال القاصر غير الأب حصر أملاك الصغير قلّت أو كثرت والإشهاد لليتيم بما تحت يده من مال له ، وعلى الأب إذا كانت الأموال لها قيمة ، فإن كانت لا ينظر لمثلها نظر طمع فلا [1] .

ويجب على المدير حفظ رأس المال واستغلاله فيما يعود على القاصر بالمصلحة والمدير مسئول أبا أو غيره ؛ إذ ليس للوالدين حق إتلاف مال الصغير أو تبديده فيما لا فائدة منه تعود على الصغير . فإن أتلف الأبوان أو أحدهما شيئًا من مال الصغير ضمنا قيمته يوم التلف ، وكذا يضمن الأب متى فرط .

وتنتهي إدارة مال الولد بمعرفة أبيه بالموت أو الحجر أو بانتزاع مال الصغير من الأب لسوء إدارته ، ولكل شخص الحق في طلب إزالة يد الأب عن مال ولده إذا بدد أو أتلف فهو فرض كفاية [2] إذا قام به البعض سقط عن الباقين [3] .

بند [247] التمتع القانوني

القانون الفرنسي : التمتع القانوني ، وهو الحق المخول لأحد الأبوين الذي يباشر السلطة الأبوية من قبض إيراد الصغير وملك جزئه نهائيًا الزائد عن مصاريف الإدارة ومصاريف الطفل من جميع ما يحتاجه ، والسبب في ذلك أن المدة قد تطول ويجب على الأب تقديم حساب عن هذه المدة فيحصل في العائلة تنازع خصوصًا بعد بلوغ الطفل السن القانونية [4] .

---

(1) يقول الدرير : وحيازة الشهود له بأن يقولوا للحاكم ولمن وجهه الحاكم معهم هذا الذي حزناه وأطلعناكم عليه هو الذي شهدنا أو شهد بأنه ملك لليتيم خشية أن يقال بعد ذلك ما بيع ليس هو ما شهد بأنه ملك اليتيم فإن شهدت بينة الملك أنه بيت في المكان الفلاني صفته كذا وكذا ... كفت عن بينة الحيازة كما عندنا بمصر . الشرح الكبير 300/3 .

(2) يتفق ذلك مع المادة 104 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ولا تخرج هذه الحدود عن رعاية مصالح المحجور عليهم .

وتطابق المادة 133 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية للمشروع في التعليق على المادة 104 .

(3) يقول الدردير [ويتصرف الولي على المحجور وجوبًا بالمصلحة العائدة على محجوره حالًا أو مالًا ... ولا يبيع الولي من وصي أو حاكم عقار يتيم أي لا يجوز له بيعه . الشرح الصغير ج 3 ص 156 . بداية المجتهد ج 2 ص 280 مواهب الجليل ج 5 ص 60 ، 61 .

(4) انظر : البنود من 384 إلى 387 في الكتاب التاسع ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 109 ، 110 .

والقاعدة العامة أن جميع أملاك الطفل الثابتة والمنقولة تكون خاضعة إلى تمتع الأقارب القانوني ، ويستثنى من ذلك :

1 - الأملاك التي يملكها الصغير من عمله أو من آلة خاصة .

2 - الأملاك الموهوبة أو الموصى بها للطفل والمشروط فيها عدم تمتع الأبوين .

3 - الأملاك التي ورثها الطفل من شخص حرم أبوه وأمه من ميراثه .

تكاليف التمتع القانوني :

يتحمل المتمتع بأملاك الصغير ما يأتي :

1 - ما يجب على المتمتع بالريع العادي ما عدا تقديم ضامن ، وعلى المتمتع نفقة وتربية الطفل حسب حالته المالية .

2 - دفع الأموال المطلوبة على أملاك الصغير أو الفوائد المستحقة حتى ولو قبل إدارة أملاك الصغير .

3 - دفع تكاليف دفن ومعالجة الطفل من آخر مرضه وكذا تكاليف دفن ومعالجة آخر مرض لمورث الطفل .

أسباب انقطاع التمتع القانوني : ينقطع التمتع القانوني

1 - بفك الوصاية عن الولد وسقوط السلطة الأبوية .

2 - ببلوغ الطفل 18 عامًا فيحفظ صافي إيراده بعد مصاريفه الشخصية من جميع الوجوه سنة على الأخرى لكيلا يطمع أبواه في إبقائه تحت الولاية ما أمكنهما لمنفعتها ولإيجاد رأس مال للطفل عند فك وصايته يساعده على الحياة مستقبلًا

3 - بالتنازل ممن يملك حق التمتع القانوني .

4 - بموت الطفل .

بند [248] التشريع الإسلامي

ليس في الشريعة ما يقال له تمتع قانوني ، وإنما فيها أصل من جوامع الكلم للرسول العظيم ﷺ إذ يقول : (أنت ومالك لأبيك) [1] ومع هذا فقد اتفق الأئمة المجتهدون

(1) حديث ابن ماجه التجارات باب 64 والراوي عبد الله بن عمرو بن العاص .

على أن الأب يتصرف في مال ولده بما فيه المصلحة فيبيع ويشتري لولده ويتصرف كما يرى المصلحة ، ولا يستحق الولي من مال محجوره نفقة ولا أجرًا ، فإن كان محتاجًا أكل بالمعروف قدر الضرورة ، فإن اشتغل بسبب مال الصغير عن الكسب أخذ أقل الأجرين من الأجرة والنفقة بالمعروف ، فيحل للأب والأم إذًا الانتفاع بمال ولدهما بشرط الاحتياج والفقر فإن كانا في سعة فعليهما حفظ مال الولد .

ونفقة الولد ومصاريفه من جميع ما يحتاجه في ماله ، ومتى بلغ الصبي 18 عامًا رشيدًا محسنًا للتصرف دفع إليه أبوه ما بقي له من ماله بعد التصرف ، فإن اختلفا فالقول للأب بيمين [1] .

والقاعدة أن كل ما يملك الصغير من منقول وعقار يكون تحت إدارة أبيه [2] إلا الوقف فللناظر عليه في شرط الواقف ، وإلا المال الموهوب بشرط جعل إدارته لشخص آخر غير الأب .

والواجب على والد الطفل المتولي إدارة أملاك ولده حفظ وصيانة الأملاك بالإنفاق عليها بما فيه بقاء عينها ، ودفع نفقة التعليم وتربيته حسب حالته ، ودفع ما هو مطلوب على أملاك الصغير ، ودفع تكاليف مرض الصغير وما يلزم له من أطباء

---

(1) يتفق ذلك مع حكم المادة 97 من تقنين المذكرة الإيضاحية للاقتراح مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد كان للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة الحق في تسلم أمواله وإدارتها بحكم القانون دون الحاجة إلى إذن ، ما لم يمنع من التصرف ، ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة 1947 ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر سنة 1952 فاشترط كلاهما الإذن . وتقابل المادة 98 فقرة أولى من التقنين العراقي التي جاء فيها : للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة سنة مقدارًا من ماله ، ويأذن له في التجارة تجربة . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا . وكذلك المادة 101 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » . كما تقابل المادة 119 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ، ويأذن له في التجارة تجربة له ، ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .
وكذلك المادة 122 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » . انظر : المادة 968 وما يليها من المجلة العدلية .
وتطابق في حكمها المادة 88 من التقنين الكويتي .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 97) .

(2) قاعدة : كل ما يملك الصغير من منقول وعقار يكون تحت إدارة أبيه ، إلا الوقف فللناظر عليه في شرط الواقف ، وإلا المال الموهوب بشرط جعل إدارته لشخص آخر غير الأب .

ودواء وكفن ودفن كما يقتضيه الشرع بلا تبذير ولا خروج عن المباح .

ويملك الصغير حق التصرف في أملاكه متى فكت عنه الوصاية أو سقطت عنه السلطة الأبوية ببلوغه رشيدًا 18 عامًا فتسلم إليه أمواله الباقية بعد احتساب جميع مصاريفه .

وبما أن حق رعاية الطفل من الصالح العام [1] فلا يجوز لأبيه أن يتنازل عن تعهده بالتربية والتعليم وحفظ ماله ، فإن فعل الأب أجبر على التربية والتعليم فإن تمادى على الترك عين القاضي للولد وصيًا يباشر مصالحه ، وبموت الصغير انتقل ماله لورثته [2] .

بند [249] القانون الفرنسي

أسباب حرمان التمتع القانوني :

يصح حرمان من له الحق في التمتع بمال الطفل للأسباب الآتية [3] :

أولًا – في حالة الحرمان من السلطة الأبوية يحرم من التمتع القانوني .

ثانيًا – في حالة تجاوز الحد في التمتع تطبيقًا للقاعدة العامة فيمن له حق استيفاء المنفعة .

ثالثًا – في حالة الطلاق ، فيحرم من صدر الطلاق ضده من حق التمتع القانوني .

رابعًا – في حالة عدم إحصاء ودرج أملاك الزوجين العامة بعد وفاة أحدهما .

تلاشي السلطة الأبوية :

أسباب تلاشي السلطة الأبوية هي :

1 – فك الوصاية .

2 – بلوغ الرشد بتمام 21 سنة كاملة .

3 – موت الأب أو الأم .

4 – سقوط السلطة الأبوية .

سقوط حقوق السلطة الأبوية : قد يتجاوز الأبوان سلطة التصرف في أموال الطفل حد المعقول فيضر ذلك بالولد ماديًا وأدبيًا ، فجعل القانون السلطة للمحكمة في إسقاط حقهما .

(1) قاعدة : حق رعاية الطفل من الصالح العام .

(2) يقول ابن جزي : « أولاد الصلب تجب نفقتهم على والدهم بشرطين : أن يكونوا صغارًا وأن لا يكون لهم مال ويستمر وجوب النفقة على الذكر إلى البلوغ وعلى الأنثى إلى دخول الزوج بها » .. القوانين الفقهية ص 167 حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 40 ص 223 .

(3) انظر : البنود من 242 إلى 249 في الفصل السابع من الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 57 : 59 .

سقوط السلطة الأبوية قسمان : (سقوط قانوني وسقوط قضائي) .

فالسقوط القانوني أو القهري هو الذي ينتج بموجب القانون من غير حكم كنتيجة حتمية لبعض أحكام جنائية .

والسقوط القضائي أو الاختياري هو الذي ينتج عن حكم يصدر به ، ويكون موضوعه خاضعًا لبحث المحكمة وتقديرها . وأحوال السقوط القهرية هي :

1 – الحكم لتحريض ولده على فساد أخلاقه .

2 – الحكم لجناية وقعت على شخص واحد من أولاده .

3 – الحكم لجناية وقعت بالاشتراك مع واحد أو أكثر من أولاده .

4 – الحكم الثاني لجنحة وقعت على شخص واحد من أولاده .

5 – الحكم الثاني لتحريض ولد قاصر أجنبي منه عادة على فساد أخلاقه .

السقوط الاختياري : يجوز للمحكمة الحكم بسقوط السلطة الأبوية في الأحوال الآتية :

1 – الحكم في جناية ضد الهيئة الاجتماعية أيا كانت .

2 – الحكم الثاني لحجز أو إخفاء مستندات أو لترك ولده أو عربدة .

3 – الحكم الثاني للسكر البين العام .

4 – الحكم بموجب قانون 7 ديسمبر سنة 1874على الصنائع المتنقلة (الجائلة) .

5 – الحكم الأول لتحريض القصر على إفساد الأخلاق .

6 – عندما يوضع الطفل بإصلاحية الأطفال عقب ارتكاب جناية أو جنحة . ارتكبها لعدم تبصر في العواقب وللإهمال . وعلاوة على ما ذكر فإن السُّكْر البين والسلوك المشين أو الفاضح ومعاملة الطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو آدابه للخطر ، كل هذا يعطي للمحكمة الحق في إسقاط السلطة الأبوية .

والذي له الحق في طلب إسقاط السلطة الأبوية هم أقارب الصغير حتى العم الشقيق أو النائب العام .

والمحكمة الابتدائية المدنية التابع لها محل إقامة أو سكن الأب أو الأم هي المختصة ؛ فتنظر القضية في غرفة الشورى ، وتنطق بالحكم علنًا فقط .

وتجوز المعارضة في الحكم الغيابي لمدة ثمانية أيام متى أعلن المدعى عليه شخصيًا ومدة سنة إذا أعلن في سكنه ، ويجوز الاستئناف لمدة ثمانية أيام فقط ، على أنه يجوز للمحكمة إصدار أوامر احتياطية لصالح الطفل مدة نظر القضية كما ترى .

بند [250] التشريع الإسلامي

التمتع بمال الصغير بالمعنى المفهوم في القوانين الوضعية هو منحة من القانون يصح سلبها من الأبوين متى حصل سبب مما ذكر فيما سبق . ولكن المعنى المفهوم من النصوص الشرعية أن الانتفاع بمال الولد لوالديه مقيد بالحاجة والعوز فيأخذان بالمعروف من مال الصغير بقدر الضرورة فإباحة الأخذ من مال الصغير مرتبطة بعلة وجودها ، وهو الفقر والفاقة ، فمتى كان الأب فقيرًا استحق النفقة بشروطها من مال ولده فإساءته إلى مال ولده لا تحرمه من حق النفقة ، وإنما إساءته في إدارة أملاك الطفل وتبديده لها يجعل القاضي ينزع المال من يده ويسلمه إلى أمين يستغله لمصلحة الصغير مع إعطاء الوالد النفقة إذا تحققت شروط فرضها فلا علاقة إذًا بين حق التمتع للوالدين بمال الولد وإساءة الاستعمال ، إنما العلاقة بين الإدارة للأموال وسوء الاستعمال . وعلى هذا الأساس وهذه الفكرة نذهب بالمقارنة الآتية :

لا يحرم الأب من فرض النفقة وأخذها من مال ولده إذا حرم من السلطة الأبوية [1] ، أو تجاوز الحد في التمتع ، أو في حالة الطلاق ، أو حال عدم إحصاء مال الصغير ، وإنما تنزع منه أموال ولده في حالة عدم الأمانة أو تجاوز الحد في الإسراف في مال الولد وتسلم لأمين غيره .

فإن فكت الوصاية عن الولد بأن كان أبوه موجودًا لبلوغه ورشده بعدم صرف ماله في شهواته وملذاته ، فإن كان له وصي عينه الأب أو عينه الحاكم فلا بد من فك الوصاية عنه أمام القاضي بشهادة حسن تصرفه وتبصره ، أو مات الأب ، أو حكم بسلب السلطة الأبوية وبلغ رشده فقد تلاشت السلطة الأبوية في التربية والتعليم وأصبح الولد حرًا طليقًا يتصرف كما يشاء من جميع التصرفات .

فإن تجاوز الأب حدود المعقول ، وأساء التصرف ؛ فأضر بالولد ماديًا وأدبيًا

---

(1) قاعدة : لا يحرم الأب من فرض النفقة وأخذها من مال ولده إذا حرم من السلطة الأبوية .

فالسلطة للقاضي في انتزاع أموال الولد من تحت يد أبيه ووضعها عند عدل يديرها بحكمة وتبصر ، فإن لم يكن قاض أو كان وكان جائرًا ظالمًا فلجماعة المسلمين ذلك . فإن كان الحاكم عادلًا فلا ينتزع مال الصغير من يد أبيه إلا بحكمه بنزعه .

فإن حكم على الأب للتحريض على الفسق أو لجناية على ولده أو بالاشتراك مع ولده أو لإفساد وتحريض على الفسق لقاصر اعتبر فاسقًا وغير رشيد ويدخل الشك في تصرفه انتزع الحاكم منه ولده ووضعه تحت يد أمين كما يضمنه مال قاصره الذي فرط فيه وأتلفه [(1)] .

أما الحكم في حد ذاته لجناية ارتكبها في الهيئة الاجتماعية كسرقة أو قتل أو سم إلخ فلا يكون داعيًا لعزله من إدارة أموال ولده غير أنه في السجن لا يمكنه مباشرة مصالح ولده ؛ فيقيم الحاكم من يتولى شئون المسجون ويدير أموال ولده ، ولا يقضي هذا بعدم فرض نفقة له في مال ولده متى كان فقيرًا .

وكل عمل يستوجب انحطاط الأخلاق كسكر بيِّن أو سلوك مشين أو فاضح أو معاملة للطفل بما يعرض صحته وطمأنينته أو تربيته وأخلاقه للخطر ، كل هذا يعطي القاضي الحق في إسقاط سلطته الأبوية دون حقه في الأكل بالمعروف من مال ولده الموسر متى كان فقيرًا .

والذي له الحق في رفع الأمر للحاكم الأقارب ثم الأجانب ثم النائب العام عن الهيئة الاجتماعية ، وأما اختصاص المحاكم والمعارضة والاستئناف فهذه ترجع إلى قانون الإجراءات (المرافعات) [(2)] .

بند [251] حالة الطفل بعد إسقاط السلطة الأبوية

القانون الفرنسي : حالة الطفل تتغير تبعًا لمن أسقط حقه كما يأتي :

إذا كان الأب هو الذي سقط حقه فالمحكمة تقرر أن الأم تباشر ما كان للأب من حق ، وإذا كانت الأم عاد الحق للأب كما هو مقرر قانونًا ، وإذا أسقط حقهما معًا عين للطفل وصي يحافظ على حقوقه في حدود الوصاية وإلا سلم الطفل لملجأ عام للأطفال .

---

(1) تجب النفقة للأبوين بشرط أن يكونا فقيرين ، ولا يشترط عجزهما عن الكسب ، ولا يجب أن ينفق الجد على ابن ابنه ، ولا ابن الابن على الجد ... القوانين الفقهية ص 167 .

(2) راجع في ذلك الشرح الصغير ج 3 ص 155 ، 156 ، 157 وبداية المجتهد ج 2 ص 279 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 5 ص 326 .

ومتى صدر عفو عن آثار الجريمة التي ارتكبها الأب أو أعاد إليه القانون اعتباره أمكن عودة الحق إليه في مباشرة سلطته الأبوية .

السلطة الأبوية للأب والأم الطبيعيين : قانون 2 يوليو 1907 - السلطة الأبوية على الأولاد الطبيعيين المعترف بهم تكون أصالة للأب والأم حسب الاعتراف به ، فإن مات أحدهما حل محله الآخر ، ومع ذلك يجوز للمحكمة نظرًا لمصلحة الطفل جعل السلطة الأبوية لغير من يستحقها أولًا .

السلطة الأبوية للولد الطبيعي مثلها للولد الشرعي إلا فيما يأتي :

1 - التمتع بأموال الطفل الطبيعي لأبويه الطيعيين جائز كالولد الشرعي أي أن المحكمة تعين هنا مشرفًا على أموال القاصر .

2 - إدارة الأملاك القانونية للولد الطبيعي لا تسلم لأبويه الطيعيين مطلقًا بل يجب أن يعين وصي لذلك [1] .

بند [252] التشريع الإسلامي

متى سقط حق الأبوة عن الطفل لأبيه تعين إقامة وصي له يمثل مصالحه إن كان له مال ووضعه عند أمين محافظة عليه فإن كانت الأم وكانت مستوفاة للشروط الشرعية فهي أحق . وليس للطفل الطبيعي وجود في التشريع الإسلامي فإما ولد شرعي وإما ولد زنى ، فالولد الشرعي تقدمت أحكامه ، وولد الزنى تتولى الهيئة الاجتماعية تربيته وتعليمه ، فإن وهب له أحد مالا أو وقف عليه فالحاكم هو الذي يقبل عنهم أو نائبه أو وصيه ؛ فيعينّ من قَبله من يدير هذه الأملاك ويستغلها لمصلحة القاصر ، ومتى بلغ رشيدًا سلمت إليه أملاكه [2] .

---

(1) انظر : بند 383 في الكتاب التاسع ص 86 وانظر : البنود من 390 إلى 396 في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 88 : 90 .

(2) يقول الدردير في إثبات الحجر على الصغير لأبيه أو وصيه وإلا فللحاكم إن وجد منتظمًا ، وإلا فجماعة المسلمين . الشرح الصغير ج 3 ص 151 وجاء في الشرح الكبير 292/3 : في بيان أسباب الحجر وأحكامه ومنها الدين ومنها الجنون والصبا والسفه والمرض وأشار إلى ذلك بقوله المجنون بصرع أو استيلاء وسواس ، محجور عليه من حين جنونه لأبيه أوصيه إن كان جن قبل بلوغه وإلا فالحاكم إن كان ، وإلا فجماعة المسلمين .

نتيجة المقارنات من بند 239 إلى بند 252

يتفق التشريعان فيما يأتي : السلطة الأبوية (في الجملة) - واجبات السلطة الأبوية (واجب التموين والتربية والتعليم) (في الجملة) - واجب الحفظ - واجب التأديب - إدارة أموال الصغير - مدى سلطة إدارة أموال الطفل (في الغالب) - نهاية إدارة أموال القاصر - أسباب تلاشي السلطة الأبوية - سقوط حق السلطة الأبوية (في الجملة) .

ويختلفان فيما يأتي : التمتع بأموال الطفل قانونًا - أسباب انقطاع التمتع المذكور والحرمان منه .

بند [253] عديم الأهلية وحمايته

القانون الفرنسي : عديم الأهلية هو الشخص الذي لا يمكنه التصرف في حقوقه المدنية قانونًا [1] .

وأسباب عدم الأهلية المختلفة هي :

1 - الزواج بالنسبة للمرأة . 2 - السن بالنسبة للقاصر .

3 - فساد الصفات العاقلة بالنسبة للمجنون وضعيف الفكر والمبذر .

4 - الحكم بعقاب بدني مخل بالشرف للحجر القانوني .

اختلاف أحكام عديمي الأهلية : ليس كل عديم للأهلية ينطبق عليه قانون واحد ، فالمرأة المتزوجة تخضع لنظام إذن الزوج ، والقاصر الذي لم تفك وصايته والمحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا يكونون خاضعين لنظام الوصي ، ويمثلهم في كل الأعمال القضائية وكيل قانوني (الوصي) الذي يعمل تحت مراقبة المشرف ، والمعتوه يوضع في مؤسسة عامة خاصة بالمجانين تحت نظام خاص ، والقاصر المرفوع عنه الحجر يكون تحت الوكالة فله إدارة أمواله وما يلزم لذلك ، فإن وجد عمل أزيد من ذلك فلا بد من الوكيل أو مجلس العائلة أو المحكمة .

وضعيف العقل والمبذر ليس لهما مباشرة بعض الأعمال إلا بحضور مستشار قضائي .

بند [254] القانون الروماني

عديم الأهلية : في القانون الروماني أن الشخص الذي يملك ثلاثة أشياء يكون أهلًا للتصرف قانونًا ، وهي أن يكون له عائلة ، وأن يكون حرًا ، وأن يكون مواطنًا .

ولوجود أحد أسباب ثلاثة تكون عقبة في سبيل امتلاك أهليته الشخصية القانونية وهي : السن ، التغير العقلي ، الجنس (الأنوثة) ، فحينئذ توجد عدم الأهلية القانونية فيجب إقامة وصي أو قيم ليمثل عديم الأهلية قانونًا .

وكانت الوصاية والقوامة لصالح الوصي أو القيم ومنفعته لا لحفظ مصالح

---

(1) انظر : بند 217 في الباب السادس من الكتاب الخامس ص 52 ، وبند 388 في الباب الأول من الكتاب العاشر ، وبند 489 في الباب الثاني من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 .

القاصر ، ثم تطورت الفكرة إلى حماية عديم الأهلية والمحافظة على أملاكه ففرضت قيود وواجبات على الأوصياء والقوام لمصلحة من في حمايتهم .

والأشخاص الذين تحت الوصاية هم :

1 - الأيتام من الجنسين .

2 - النساء الأيتام تحت الوصاية مدى الحياة . والذين تحت القوامة هم :

1 - المجانين . 2 - المسرفون والمبذرون .

3 - القصر الذين بلغوا 25 سنة فما فوق .

وصي القاصر :

الوصاية سلطة وضعت على شخص حر ونظمت ، وأجازها القانون المدني لحماية الذين لا يمكنهم الدفاع عن مصالحهم هم أنفسهم .

السن :

وحدد سن الولد اليتيم في الأنثى بإحدى عشرة سنة ، وفي الذكر بأربع عشرة سنة لإقامة وصي عليهما [1] .

بند [255] التشريع الإسلامي

عدم الأهلية الشرعية في الشخص يرجع إلى نقص فيه يجعل مصالحه في خطر . والنقص إما لخلل في التكوين العقلي كالمجنون والأبله ، وما يلحق بهما كالصغير إلى دون العشر ، وإما لعارض طارئ من حوادث خارجة كالسفه والتبذير ، وإما لعدم استكمال دراية في الحياة كالقاصر بعد العشر إلى 18 سنة أو 21 سنة .

وأسباب عدم الأهلية : السن بالنسبة للقاصر ، والجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه ، والتبذير ، والدَّين ، والزواج للأنثى ، والمرض المميت في التبرع بما زاد عن الثلث فقط (عند مالك) وعند الشافعي وأبي حنيفة وأحمد لا يحجر على المرأة المتزوجة في شيء إطلاقًا .

وأما الزواج عند غير مالك والحكم بعقاب بدني مخل بالشرف فلا يستلزمان الحجر ، لكن نظرًا لأن السجين قد سلبت حريته في إمكانه التصرف في أملاكه بالفعل فيجب

(1) انظر : الباب الثالث عشر ، من الكتاب الأول في الوصايات ص 32 - 33 من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني .

إقامة وكيل له أو تنصيب قيم على أمواله يحافظ عليها ويديرها حتى يقضي مدة السجن .

ولكل من عديمي الأهلية حكم أو أحكام تخصه ، فزواج الأنثى عند مالك ومرض الموت كلاهما خاضع لعدم التبرع من أملاكه بما زاد عن الثلث ، والجنون والعته والسفه والتبذير خاضع لنظام القوامة ، وكذلك الولد حال وجود أبيه خاضع لنظام الولاية ، والولد مع وجود جده عند غير مالك خاضع لنظام الولاية ، والولد عند عدم الأب أو الجد خاضع لنظام الوصاية وسيأتي ذلك في محله مفصلًا [1] .

بند [256] الوصاية على القاصر الذي لم تفك وصايته

القانون الفرنسي : الوصاية هي نظام موضوع لحماية مصالح القاصر مع تسليم العناية بشخصه وبأملاكه إلى وصي مكلف بتمثيله في كل أعماله القضائية تحت مراقبة مشرف أو مجلس عائلي أو محكمة مدنية ، وتوجد الوصاية عند وجود أحد أمور ثلاثة :

أولًا – موت أحد أبوي الطفل الشرعي : فالسلطة الأبوية لا تزول مرة واحدة فتبقى بالنسبة لشخص الطفل وكذا التمتع القانوني بأملاكه ونظام الإدارة القانونية يستبدل بنظام الوصاية . فإن مات أحد الأبوين الباقي اختفي نظام السلطة الأبوية .

ثانيًا – سقوط السلطة الأبوية : فمتى حكم بسقوط السلطة الأبوية عن الأب والأم يُحلّ نظام الوصاية .

ثالثًا – الغيبة : في مدة افتراض الغيبة لا يعين الوصي ، ولكن تتخذ الاحتياطات الواجبة للمحافظة على مصالح الصغير ، فإن وجد أحد الأبوين مدة افتراض غيبة الآخر تولى الحقوق الأبوية ، فإن اختفى الموجود منهما بعد غيبة الآخر عُين مجلس العائلة من أقرب الأجداد والجدات إن وجدوا ، وإلا عين وصي مؤقتًا .

وبعد إعلان الغيبة يُفْرَض الغائب ميتًا فإن بقي أحد الزوجين باشر حقوق الأبوين مع وجود الوصاية ، فإن لم يكن موجودًا انفرد ونظام الوصاية فقط .

توجد الوصاية في محل إقامة القاصر وقت حدوث العمل الذي نتجت عنه

---

(1) يقول الدردير عن أسباب الحجر إنها سبعة ، خمسة عامة واثنان خاصان بما زاد على الثلث وأشار للخمسة العامة بقوله فلس بالمعنى الأعم والأخص وجنون بصرع وصبا وتبذير ورق وأشار للاثنين الخاصين بقوله ومرض متصل بموت ونكاح بزوجة] الشرح الصغير ج 3 ص 151 ومواهب الجليل ج 5 ص 57 وما بعدها وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج 5 ص 326 .

الوصاية ، فيجتمع مجلس العائلة ويعين الوصي وتختص المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة القاصر بكل عمل يتعلق بأمواله إلخ .

قانون سنة 1917 أباح للمرأة أن تكون وصية أو مشرفة أو عضوًا بمجلس العائلة أو ولية (وكيلة تركة) ، ولكنه قيدها بما يأتي :

أولًا – لا يجوز للمرأة المتزوجة أن تكون وصيًا أو مشرفًا أو وليًا بدون إذن زوجها لأنها ما دامت متزوجة فزوجها يعتبر وصيًا ثانيًا .

ثانيًا – المرأة ليست ملزمة بقبول الوصاية بل لها طلب معافاتها منها [1] .

بند [257] التشريع الإسلامي

الوصاية والقوامة والولاية صفة لحالة توجد بشخص عديم الأهلية الشرعية تقتضي تعيين شخص آخر وصيًا أو قيمًا أو وليًا عليه للعناية بشخصه وحياته فيما يحتاج إليه وليمثله في الأعمال القضائية تحت رقابة مشرف أو مجلس عائلي (مجلس حسابي) أو الحاكم ، فتوجد الوصاية متى مات أبو الطفل عند مالك وأبوه وجده عند بقية الأئمة الثلاثة . وقد تُعين الأم وصيًا متى استوفت شروط الوصاية . وإن أساء الأب إلى ولده في نفسه وماله انتزع منه ، ووضع عند أمين ، وعين وصي يراعي مصالحه ويدير شئونه . وقد تكون الأم أيضًا . فإن غاب الأب غيبة منقطعة لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته ، فإن كان له وكيل أقامه قَبْل غيبته فِبَها ، وإلا عين الحاكم أمينًا من طرفه يحافظ على مصلحته ويتولى شئون أمواله وإدارتها . وبعد إعلان وفاته والحكم بها يقتسم الورثة التركة ، ويعين وصي على نصيب القصَّر . والوصاية توجد حيث يوجد الصبي . وتصلح الأم وصيًا ومشرفًا متى استوفت شروطها وهي الرشد والعقل والأمانة سواء أكانت متزوجة أم لا ، ولها الحق في قبول الوصاية وعدم القبول كالذكر سواء بسواء [2] ، على أنها لو كانت متزوجة ، وكان قبولها الوصاية أو الإشراف يضيع حق زوجها عليها

(1) انظر : بند 397 وبند 402 وبند 405 ، في الباب الثاني ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 90 ، 91 .

(2) جاء في حاشية الدسوقي 452/4 : أنه كثيرا ما كان يحدث أن يموت الرجل عن أولاد صغار ولم يوص عليهم فيتصرف في أموالهم عمهم أو أخوهم الكبير أو جدهم بالمصلحة ، فهل هذا التصرف ماض أو لا ؟ وهل للصغار إذا رشدوا إبطاله ؟ ذكر أشياخنا أنه ماض لجريان العادة بأن من ذكر يقوم مقام الأب ، لا سيما في هذه الأزمنة التي عظم فيها جور الحكام بحيث لو رفع لهم حال الصغار لا ستأصلوا مال الأيتام .

أو يدعوها للخروج لمباشرة مصلحة العمل بدون رضاء وإذن زوجها فلا يجوز لها ذلك ، وللزوج منعها محافظة على حقه عليها [1] .

بند [258] نظام الوصاية

القانون الفرنسي : للوصي ثلاثة أنظمة :

1 - الوصي وهو أساس التنفيذ .

2 - المشرف وهو مراقب تصرفات الوصي وينوب عنه عند تغيبه .

3 - مجلس العائلة وهو أساس الاستشارة .

الوصي يشمل أربعة أنواع :

1 - الوصاية القانونية للباقي من الأبوين بعد وفاة الآخر .

2 - الوصاية الموصى بها (الوصي المختار) .

3 - الوصاية القانونية للأصول . 4 - وصي القاضي أو المعين .

أولًا - وصاية أحد الأبوين الباقي بعد وفاة الآخر : وضع القانون قاعدة لذلك وهي (أن وصاية الولد القاصر الذي لم تفك وصايته يتعلق حقها بالأب أو الأم) غير أن القانون خص الأم بما يأتي :

1 - للمرأة الحق في رفض قبول الوصاية ، وعليها البقاء حتى يعين بدلها ، وليس للأب إلا القبول .

2 - للأب الحق في تعيين مستشار للمرأة بعد وفاته فلا تنفرد المرأة في إدارة أملاك أولادها ، بل لا بد من أخذ رأي هذا المستشار الذي يتم تعيينه إما في وصيه أو أمام قاضي الصلح أو أمام مسجل العقود .

3 - متى مات الأب وترك زوجته حاملًا يعيَّن مدير لأملاك الحمل المستكن بواسطة مجلس العائلة حتى تضع الأم فتصبح وصية ، ويصبح المدير مشرفًا .

---

(1) يقول الحطاب : وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى للأم والحضانة هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه . وحكى ابن رشد والمتيطي الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه ، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني ، لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان ولا يقبل غيرها . مواهب الجليل ج 4 ص 214 وما بعدها وحاشية الرهوني على الزرقاني ج 4 ص 349 .

4 - إذا أرادت الوصية أن تتزوج فعليها دعوة مجلس العائلة للنظر في أمر الوصاية ، وحينئذ يجوز للمجلس إبقاؤها في الوصاية ويكون زوجها متضامنًا معها في كل عمل يحصل مضرًا بالتركة بعد الزواج ، وإن تزوجت بدون دعوة مجلس العائلة سقط حقها في الوصاية بموجب القانون ، ويضمن زوجها معها كل ضرر يلحق بالتركة حتى فيما قبل الزواج .

ثانيًا - الوصي المختار : وهو عمل فيه تعيين شخص خاص وصيًا على طفل من أب أو أم حال حياتهما ، ويجب أن يصدر هذا من أحد الأبوين الباقي بعد وفاة الآخر .

وطريق التعيين عمل إشهاد أمام مسجل العقود أو ذكر ذلك في وصية أو أمام قاضي الصلح . إذا تزوجت الأم وكانت هي الباقية فإن بقيت وصية جاز لها تعيين الوصي المختار بشرط مصادقة مجلس العائلة على ذلك ، وإن خرجت من الوصاية فليس لها تعيين الوصي المختار . الوصي المختار حر في قبول الوصاية وعدم قبولها إلا إذا كان في درجة توجب عليه قبولها لمصلحة القاصر إذا لم يعين .

ثالثًا - الوصاية القانونية للأصول : تكون الوصاية للأصول قانونًا بشرطين .

1 - أن يكون الباقي حيًا من الأبوين قد احتفظ بالوصاية وبقي وصيًا إلى وفاته فإن انقطعت تعين وصي الحاكم .

2 - ألا يعين أحد الأبوين المتوفى أخيرًا وصيًا مختارًا .

وحق هذه الوصاية يكون للأصول الأقربين ، وعند الاتحاد في الدرجة يختار مجلس العائلة الوصي ذكرًا أو أنثى بدون تفضيل شجرة الأب على شجرة الأم .

رابعًا - الوصي المعين ، وهو المعين بمعرفة مجلس العائلة ، ويكون ذلك عند عدم وصي قانوني ولا وصي مختار ، أو كان الوصي الشرعي أو المختار لا يمكنهما مباشرة عملها أو الاستمرار فيه لأي سبب قانوني .

ويمكن طلب التعيين ممن يهمهم الأمر كأقارب القاصر أو دائنيه فيطلبون انعقاد مجلس العائلة لاختيار الوصي [1] .

---

(1) انظر : البنود من 390 إلى 405 ، في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 88 : 91 .

بند [259] القانون الروماني

الوصي ثلاثة أنواع [1] :

1 – **وصي الوصاية** (الوصي المختار) ، والذي له الحق في تعيين الوصي في وصيته هو أب العائلة فقط (رئيسها) على ولده ، ويجب أن يعين الوصي في الوصية .

2 – **وصي قانوني** ، وهو وارث القاصر في المستقبل فهو خاص بأقارب القاصر الأقرب فالأقرب .

3 – **وصي القاضي** ، وهو الذي يعينه القاضي للقاصر الخالي من الوصاية .

وليس للوصي على شخص القاصر أي سلطان ، وإنما يضع القاضي القاصر عند أمه أو عند من يرى فيه مصلحة له ، والوصي يتسلط على إدارة أموال القاصر فقط بأحد أمرين ، إما أن يحضر معه القاصر وهو يمثله في العقود والأعمال الرسمية ، وإما أن يعمل معه كمدير لأملاك القاصر بدون تدخل القاصر ، ففي الحالة الأولى يكون القاصر نفسه مالكًا ودائنًا ومدينًا وهو المتعاقد فقط لنقصه الذي كمله الوصي ، وفي الحالة الثانية يكون الوصي هو المالك وهو الدائن والمدين إلخ لأنه يعمل كوكيل للقاصر والوكيل لا يملك ولا يتعاقد لموكله بل له نفسه ، ثم ينقل هذه الالتزامات مرة أخرى لموكله .

ويتعين وجود القاصر مع وجود الوصي في العمل الشخصي والذي لا يتم إلا بوجود شخصه كالعتق وبلوغ الرشد ، ويوجد الوصي فقط في حالة كون اليتيم طفلًا وحدد بست سنوات .

بند [260] التشريع الإسلامي

للمحافظة على أموال القاصر ثلاث طرق .

1 – الولي الشرعي والوصي ، وهما أساس التنفيذ والمحافظة والمسئولية .

2 – المشرف ، وهو الذي يراقب تصرفات الوصي فيرشده لما فيه الرشد والصلاح في أموال القاصر متى طلب الوصي منه ذلك ، ويبلغ الحاكم متى رأى تقصيرًا أو إتلافًا في مال القاصر ولا ينوب عن الوصي في شيء إلا إذا قرر المجلس الحسابي ذلك .

3 – مجلس العائلة وهو المعروف في القطر المصري (بالمجلس الحسابي) . والوصاية نوعان :

1 – وصاية مختارة .

---

(1) انظر : الأبواب من الثالث عشر إلى العشرين من الكتاب الأول من مدونة جو ستنيان في الفقه الروماني ص 32 – 44 .

2 – وصاية الحاكم أو مجلس العائلة ، ولا وصاية قانونية لمن بقي حيًا من الزوجين ؛ لأنه إن بقي الأب فهو ولي شرعي ، وإن بقيت الأم فلا وصاية لها بموجب القانون ، فإن كانت أهلًا للوصاية أقامها القاضي وصيًا في مجلس العائلة ، ولا وصاية قانونية للأصول ، وإنما الولاية للجد بعد موت الأب عند غير مالك [1] .

المرأة كغيرها في جواز قبول الوصاية المختارة من الأب وفي جواز ردها في حياة الموصي ، وللموصي عزل وصيه زوجة أو غيرها بغير موجب ، فإن قبل الوصي ذكرًا أو أنثى أو مات الموصي فليس للوصي عزل نفسه . وللأب أن يشترط في وصيّه عدم الانفراد بالرأي فيعين له مستشارًا ، ويجب على الوصي عدم مخالفة شرط الموصي في ذلك ذكرا أم أنثى .

إذا كانت الزوجة حاملًا وقت وفاة زوجها فعلى الحاكم في مجلس العائلة ، (المجلس الحسابي) إقامة الزوجة أو غيرها وصيًا على الحمل المستكن ، ويبقى الوصي المعين بعد الولادة كما كان قبلها .

للزوجة الوصية أن تتزوج من غير استشارة أحد لأن هذه مسألتها الشخصية ، والزواج ليس سببًا في العزل إلا إذا أعجزها عن القيام بما فيه المصلحة ، نظرًا لحقوق زوجها أو منعها زوجها من ذلك فيعين الحاكم بدلها لعجزها لا لزواجها ، وهي ضامنة وحدها في أملاكها متى قصرت في الإدارة حتى لحق التركة ضرر عمدًا أو أتلفت منها شيئًا ، ولا يضمن زوجها لأن الضمان يجب أن يكون بطريق القبول والرضا لا بطريق التبع [2] ، إذ إن العقود ومنها الضمان مبنية على القبول صراحة [3] .

والوصي المختار على السفيه أو الصغير يكون بوصاية الأب الرشيد فقط أو وصي الأب متى أذنه بذلك أو وصي وصي الأب كذلك ، ووصي الأب أولى من الجد عند من يرى أن الجد ولي شرعي ، وأما وصي القاضي فالجد مقدم عليه عند غير مالك ، وأما عند الإمام مالك فوصي القاضي قبل الجد ، وقد يجوز أن يكون نفس الجد ، وليس للأم

---

(1) جاء في الشرح الكبير 452/4 أن الذي يوصي على المحجور عليه لصغر أو سفه أبوه الرشيد ، أو وصيه أو وصي وصيه ولا كلام لمقدم قاض ، وللأم أن توصي على أولادها بشروط منها أن يقل المال الموصى لهم بسببه ، كستين دينارا ، وألا توصي في نكاح .

(2) قاعدة : ينشأ الضمان بالقبول والضمان هنا بمعنى الكفالة .

(3) قاعدة : العقود مبنية على القبول صراحة أو دلالة .

تعيين الوصي المختار إلا إذا قل المال عرفًا فلا وصية لها في إنكاح الصغير ، ولا في كثير المال ، وألا يكون للأولاد ولي من أب أو وصي أو مقدم القاضي (1) وأن يكون المال القليل موروثًا عنها ، فإن وهبت أو تصدقت بأموالها فلها أن تجعل ناظرًا على ذلك متى شاءت ، قل المال أو أكثر ، ولو كان للأولاد أب أو وصي .

وزواج الزوجة الباقية بعد وفاة زوجها لا يمنعها من إقامة وصي متى توافرت شروط ذلك ولا دخل لمجلس العائلة في ذلك .

الوصي المختار حر في قبول الوصاية وردها حال حياة الموصي ، فإن قبل أو مات الموصي فليس للوصي عزل نفسه ، فإن عجز عن القيام بالوصاية نظر القاضي في تعيين آخر يشترك معه بدون عزله .

ليس في التشريع الإسلامي وصاية قانونية ، وإنما يصح أن تكون ولاية على غير مذهب الإمام مالك فإنه متى مات الأب ، ولم يترك وصيًا مختارًا كان الجد وليًا شرعيًا يقوم مقام الأب بلا تدخل من مجلس العائلة ، فإن عين الأب وصيًا مختارًا فهو مقدم على الجد ولو كان زوجة .

وحق الوصاية يكون للأقربين بشرط الأمانة وتحقق ما فيه مصلحة الصغير .

والوصي المعين وهو المعين بمعرفة الحاكم بمجلس العائلة (المجلس الحسابي) ويكون ذلك عند عدم وصي مختار بالاتفاق وعدم وجود جد عند غير الإمام مالك ، فإذا عجز الوصي المختار عن القيام بالوصاية عين القاضي آخر من طرفه لمباشرة حفظ وإدارة أموال القاصر .

ويمكن لكل من يهمهم الأمر طلب تعيين وصي من القاضي كأقارب الطفل أو مدايني المتوفى ليمكن مخاصمة في وجه وصيه المعين (2) .

بند [261] القانون الروماني

وصاية الأنثى الدائمة : في روما وضعت الأنثى تحت الوصاية الدائمة لعدم تبصرها بالأشياء ولخفة تفكيرها الطبيعي ، وكان وضعها تحت الوصاية ليس لمصلحتها ، وإنما

---

(1) جاء في الشرح الكبير 299/3، 300 أن الولي على المحجور من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه هو الأب الرشيد لا الجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب ، وله البيع لمال ولده المحجور له . ثم يلي الوصي حاكم أو من يقيمه . وباع الحاكم ما دعت الضرورة إلى بيعه من مال اليتيم (بثبوت يتمه وإهماله وملكه لما بيع وأنه الأولى .

(2) يقول المواق [والوصي مقدم على سائر العصبة والموالي ، وفي المدونة الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة] . التاج والإكليل ج 4 ص 216 ومواهب الجليل ج 4 ص 216 ، 217 .

للخوف منها ولمصلحة العائلة خوفًا من ترتيب أملاكها لغير عائلة الأب ، فكانت المرأة ممنوعة من التمليك وعقود الالتزامات والوصية بدون مساعدة الوصي ، ثم ألغي هذا النظام ، واختفى الوصي القانوني كما سيأتي تفصيله في محله [1] .

بند [262] القانون الفرنسي

المشرف : عمل المشرف مضاعف فهو ينوب عن الوصي عند غيابه في تمثيل القاصر ، وهو يمثل القاصر ضد الوصي عند تعارض مصلحتهما ، وهو مكلف قانونًا بمراقبة أعمال الوصي في أملاك القاصر ، ويتلقى تقريرًا سنويًّا عن أملاك القاصر من الوصي ، ويجب حضوره عند حصر أملاك القاصر من المنقول أو العقار .

والمشرف يعين بمعرفة مجلس العائلة إلا مشرف الحمل المستكن كما سبق بناءً على طلب الوصي . فإذا لم يطلب الوصي الشرعي أو الوصي المختار تعيين المشرف حرما من الوصاية . أما في حالة الوصي المعين فيعين المشرف بعده مباشرة .

مجلس العائلة : هو جماعة من العائلة برئاسة قاضي الصلح مكلفة بالعناية بمصالح القاصر ، ويتكون مجلس العائلة من ستة أعضاء أقارب أو أنسباء ، يعينهم قاضي الصلح ، مع ملاحظة القواعد الآتية :

1 - يؤخذ نصف المجلس من أقارب الأب ، والنصف الآخر من أقارب الأم في الناحية التي وجدت بها الوصاية .

2 - الزوج والزوجة لا يكونان أعضاء بمجلس العائلة الواحدة بل يفضل الأقرب منهما للصغير أو الأسن منهما .

3 - إذا وجد إخوة أو أخوات أشقاء للصغير فيعفى المجلس من عدد الستة متى كان الإخوة ستة أو أقل فكلهم أعضاء مجلس العائلة ، مع من بقي من الأبوين أو من الجدات والأجداد المبعدين قانونًا عن الوصاية إذا وجدوا ، فإن نقص عدد الإخوة أو الأخوات عن ستة ، وليس معهم من ذكر فيدعى الأقرب الآخر لتكملة العدد .

يجتمع المجلس متى دعت الضرورة للنظر في مصلحة القاصر بدعوة قاضي

---

(1) انظر الأبواب : من الثالث عشر إلى الثاني والعشرين من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 32 - 24 .

الصلح فإن تخلف عضو بدون عذر غرم خمسين فرنكًا على الأقل ، ولا تكون قراراته صحيحة إلا إذا حضر ثلاثة أرباع أعضائه .

اختصاص مجلس العائلة : يختص مجلس العائلة بالنظر والمداولة فيما يأتي :

أولًا – مكلف بتنظيم الوصاية ، من تعيين وصي له الحق في تعيينه وتعيين مشرف وينظر في أعذار من يطلب التخلي عن الوصاية ، وفي أسباب الحرمان من الوصاية .

ثانيًا – متى مات الأبوان خارجًا عن استعمال حق السلطة الأبوية فبعض اختصاص السلطة الأبوية ينتقل إلى مجلس العائلة كحق تأديب الصغير ، وإجازة رفع الوصاية عن القاصر ، وإعطاء الإذن بالزواج عند عدم وجود الأصول .

ثالثًا – التشاور في حالة القاصر المالية ، فيأذن للوصي ببعض أعمال ليس له عملها بدون إذن ، ويجب التصديق على قرارات مجلس العائلة من المحكمة المدنية المختصة في الأعمال التي يجب على الوصي استشارة مجلس العائلة فيها ، فللمحكمة تصديقها أو نقضها في موضوعها أو شكلها ، وحينئذ يجوز استئنافها إذا قررت المحكمة ضد قرار مجلس العائلة [1] .

بند [263] التشريع الإسلامي

المشرف ينحصر عمله في مراقبة أعمال الوصي بما فيه مصلحة القاصر ، ولا ينوب عن الوصي في أي عمل من أعمال القاصر إلا إذا قرر ذلك المجلس الحسبي ، فالعمل والمسئولية والضمان على الوصي فقط ، ولا يمثل القاصر ضد الوصي عند تعارض مصلحتيهما إلا إذا أقامه المجلس وصيَّ خصومة ، ويجب أن يكون ملمًّا بأملاك القاصر عارفًا الحياة العامة حتى يمكنه مراقبة أعمال الوصي . والذي يعين المشرف إما الأب أو مجلس العائلة (المجلس الحسابي) ولا دخل للوصي في طلب تعيين المشرف ، والذي يعين على الحمل المستكن هو وصي لا مشرف كما سبقت الإشارة إليه .

مجلس العائلة (المجلس الحسابي) في الديار المصرية يتكون أخيرًا سنة 1362 هـ وسنة 1943 م من القاضي الأهلي والقاضي الشرعي وعضو من الأعيان وكاتب

(1) انظر : البنود من 420 إلى 426 في الفصل الخامس ، من الباب الثاني من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 95 ، 96 .

المجلس ، ويجتمع كل أسبوع مرة في مقر عمله للنظر في مصالح القصر من تعيين أوصياء وقوام ، وحصر تركات وجردها ، ومحاسبة الأوصياء ، وفك الوصاية وإثبات الرشد ، وطلبات الزواج ، وبيع العقار ، وتقدير النفقات وبالجملة كل مصلحة للقاصر ، وفي التخلي عن الوصاية وأسباب الحرمان إلخ .

ويجب التصديق على قراراته من وزارة العدل التي تملك الإلغاء والتعديل والتصديق إلخ (1) .

بند [264] القانون الفرنسي

ملحق الوصاية : أصل قبول الوصاية واجب على كل شخص عهد إليه بها مراعاة لمصلحة القاصر . ولولا ذلك لضاع الطفل وماله . والهيئة الاجتماعية مسئولة عنه ، ومع ذلك فإنه يوجد بعض أحوال يجوز إعفاء من عُيِّنَ وصيًّا لعدم الأهلية أو للاستبعاد أو الإقالة (2) .

ومن الأعذار المبيحة للإعفاء من الوصاية :

1 - بعض الوظائف كأعضاء ورئيس النقض - النائب العمومي - المحامون الموظفون في محكمة النقض - المديرون - العسكريون العاملون بالجيش .

2 - عدم وجود قرابة أو نسب بين الطفل وبين من عين وصيا عليه ، فلا يجبر على قبول الوصاية إلا إذا لم يوجد سواه وتعينت عليه .

3 - السن ، والمرض المقعد ، وكثرة الأولاد .

هذه أسباب تعفي من قبول الوصاية .

أسباب عدم الأهلية للوصاية : لا يمكن أن يكون وصيًّا ولا عضوًا في مجلس العائلة :

1 - القصر ما عدا الأب أو الأم . 2 - المحجور عليهم .

3 - كل من كان بينه وبين القاصر أو أبيه أو أمه قضايا خاصة بحالة الطفل أو بأملاكه .

أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية : هناك استبعاد إذا منع الشخص من

(1) اتفق الفقهاء على حق الولي في رد تصرف الصغير والمعتوه المميزين ، لأن ولايته عليهما لمصلحتهما والنظر فيما يمضيانه لقبوله أورده . انظر : حاشية الرهوني ج 5 ص 327 ومواهب الجليل ج 5 ص 58 ، 59 .

(2) انظر : البنود من 427 إلى 449 في الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 96 : 101 .

الوصاية ، وهناك إقالة إذا رفعت عنه هذه الصفة بعد تقلدها .

1 - الحكم بالعقاب البدني المخل بالشرف .

2 - سوء السلوك الفاضح . 3 - عدم الأهلية أو الخيانة .

والاستبعاد أو الإقالة من اختصاص مجلس العائلة تحت مراقبة المحكمة المدنية .

بند [265] التشريع الإسلامي

قبول الوصاية وردها حق لكل شخص إلا إذا تعينت فيجب قبولها (1) ومن قبيل تعينها قبول الوصي المختار للوصاية أو وفاة الموصي فليس للوصي عزل نفسه ، وأما وصي القاضي فله طلب من الوصاية إلا إذا تعينت عليه . والوظائف في حد ذاتها لا تمنع من الوصاية فإن كان الموظف لا يتمكن من القيام بالوصاية وإدارة شئون القاصر تعين عليه التخلي عنها . فإن انعدمت القرابة بين الصغير ووصيه فالأقربون أولى متى تحققت مصلحة القاصر . وإن كان الوصي مسنًّا أو مريضًا أو مشغولًا بما لا يمكنه معه القيام بالوصاية جاز تخليه عنها إن لم تتعطل مصلحة القاصر ، وإلا وجب التخلي .

وشرط الوصي أن يكون رشيدًا فالصبي والمحجور عليه لسفه والمجنون ، ومن له أو لأمه أو لأبيه دعوى على القاصر من مال أو غيره لا يصلحون للوصاية ، والمتجاهرون بالفسق والمتظاهرون بالإسراف ، وسيئوا التدبير لأعمال القاصر والخونة لا يجوز تعينهم أوصياء ، وإن طرأت عليهم هذه الصفات يعزلوا (2) .

أما العقاب في حد ذاته فلا يقتضي الإقالة إلا إذا كان لخيانة ثابتة أو لسكر بين أو لتهتك ، وكان يخشى على الصغير أو ماله من ذلك فيعزل لهذه الصفات (3) ، وأما الحكم فلا يمكنه معه إدارة أموال القاصر فيعين بدله لعجزه عن ذلك (4) .

---

(1) قاعدة : قبول الوصاية وردها حق لكل شخص ، إلا إذا تعينت فيجب قبولها .

(2) شروط الوصي أربعة ، منها أن يكون مكلفًا ؛ فلا يصح إيصاء صبي أو مجنون ، مسلمًا ، فلا يصح لكافر ، عدلًا فيما ولي عليه ؛ فلا يصح لخائن أو لمن يتصرف بغير المصلحة الشرعية ، قادرًا على القيام بالموصى عليه . الشرح الكبير 452/4 .

(3) طروء الفسق على الوصي يعزله ؛ إذ تشترط عدالته ابتداءً ودوامًا أي يكون موجبًا لعزله عن الوصية لا أنه ينعزل بمجرده فتصرفه بعد طروء الفسق وقبل العزل ماض . الشرح الكبير 453/4 .

(4) راجع حاشية الرهوني ج 5 ص 326 ، 327 بداية المجتهد ج 2 ص 279 .

بند [266] وظائف الوصي

القانون الفرنسي : للوصي وظيفتان ، إحداهما بالنسبة لشخص القاصر ، والثانية لأملاكه .

أولًا – بالنسبة لشخص القاصر : فإن وجدت السلطة الأبوية مع الوصاية بقيت لأحد الأبوين الموجود سلطة الحقوق الأبوية على شخص القاصر . وإن لم تجتمع الوصاية مع السلطة الأبوية كان للموجود من الأبوين استعمال السلطة الأبوية . وللوصي إدارة أموال القاصر . وفي حالة وجود الوصاية فقط لموت الأبوين أو حرمانهما من السلطة الأبوية انتقلت بعض حقوق الوالدين إلى الوصي وبقي البعض الآخر لمجلس العائلة ، فيحق للوصي حفظ القاصر . ومحل إقامته محل وصيه قانونًا ، والوصي مكلف بتعليم القاصر وتربيته بدون إذن من أحد .

ولمجلس العائلة الإذن للقاصر بالزواج عند عدم الأصول ، والإذن بفك الوصاية عن القاصر . ولمجلس العائلة مع الوصي الإذن للقاصر بالتطوع في الجيش .

ثانيًا – بالنسبة لأملاك القاصر : يعمل الوصي محل القاصر في أمواله ويمثله في كل الأعمال القضائية ما دام قاصرًا فهو في حالة (نعاس) ليس له التدخل في أي عمل إداري في أمواله ، فالوصي يعمل كل شيء كوكيل قانوني للقاصر ، غير أنه يجوز للقاصر مباشرة الأعمال الآتية :

1 – الزواج وعقد ترتيب أموال الزوجين .

2 – الاعتراف بولد طبيعي .

3 – عمل وصيته ما دام بالغًا 16 عامًا ، ولا يجوز له التصرف فيما زاد عن نصف أملاكه .

4 – إيداع أي مبلغ في صندوق التوفير .

5 – الدخول في سلك الجندية ما دام قد بلغ 20 سنة . أما من 18 سنة إلى 20 سنة فيجب الحصول على إذن الوصي ومجلس العائلة .

6 – الدخول في نقابة العمال الخاصة بمهنته ، لا الإدارة ولا الرئاسة .

بند [267] التشريع الإسلامي

أصل تعيين الوصي لحفظ وإدارة أموال القاصر ووجود الولي الشرعي لحفظ

ورعاية القاصر وأمواله ، وقد تجتمع في الوصي الوظيفتان ؛ فإذا مات الأب وأوصى لزوجته أم الصغار أن تكون وصيًّا مختارًا على أولاده من بعده فيجتمع لها التصرف والإدارة في الأموال والحفظ والصيانة والتعليم للقاصر ، وقد لا تُوَصى الأم بل وصي العم ؛ لأنه أصلح لإدارة أموال القصر ؛ فللأم حفظ ذات القاصر وصيانته ، وعلى الوصي إدارة أملاكه والتصرف فيها ، فيدفع للأم نفقة القاصر لتقوم بشئونهم ، وللوصي أيضًا تأديب الصغير متى استحق ذلك ، فإن سلبت سلطة الأب عن أموال ولده لتبذيره مثلًا بقيت له السلطة الأبوية لذات القاصر فيعلمه ويؤدبه ويربيه ويدفع له الوصي ما يحتاجه القاصر في حياته حسب حاله [1] .

وقد يكون الوصي أجنبيًّا من الصغير أي ليس من عصبته ، وقد بلغ الصغير سنًّا يحتاج معه للملاحظة والتربية والتعليم ، فحق الضم يكون للعاصب وحق التصرف والإدارة في الأموال يكون للوصي .

ويجب على الأب أو وصيِّه أو وصيّ القاضي تعليم القاصر حسب ما يصلح له بدون إذن من أحد ، والمجلس الحسابي هو الذي يأذن بالزواج متى كان الوصي معينًا بمعرفته ، ولم يوجد ولي شرعي ولا وصي مختار ، وهو الذي يفك الوصاية كذلك . وأما بلوغه من حيث ماله فذو الأب محجور عليه إلى حفظ ماله بعد البلوغ بعدم صرفه في شهواته النفسية فيثبت رشده ، وذو الوصي ومقدم القاضي محجور عليه إلى أن يفكَّ الحجرَ عنه الوصيُّ أو المقدمُ . ومتى بلغ الولد 18 عامًا فله أن يذهب حيث شاء ، إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفتنة ، فللوصي أو الولي منعه من ذلك .

وزواج القاصر قبل البلوغ الشرعي – وهو الإنزال – موكول لنظر وليه أو وصيه في المصلحة للقاصر ، فإن كان مصلحةً أمضاه وإن كان مَتْلَفةً رده ، وبعد البلوغ الشرعي (أي الإنزال) أو بلوغ 18 عامًا عند مالك أو 15 عامًا عند أبي حنيفة فزواجه صحيح ولو لم تفك عنه الوصاية متى كان رشيدًا .

ويجوز للمكلف شرعًا الاستلحاق لولد مجهول النسب متى كان ينزل ويمكنه

---

(1) تجب نفقة أولاد الصلب فيما يقول ابن جزي على والدهم بشرطين : أن يكونوا صغارًا ، أو أن لا يكون لهم مال . ويستمر وجوب النفقة على الذكر إلى البلوغ وعلى الأنثى إلى الزواج بها ، فإذا بلغ الذكر صحيحًا سقطت نفقته عن الأب . القوانين الفقهية ص 246 .

الإحبال ولو لم تفك عنه الوصاية ، ويجوز للقاصر المميز عمل وصيته وحدد بما فوق العشر سنين بشرط أن يميز بين الضار والنافع ، ويجوز له إيداع أي مبلغ يتوفر معه لحفظه ما دام قد أذن له وصيه في المعاملات . وأما الالتحاق بالجندية فهذا واجب شرعي على كل مسلم أن ينخرط في سلك الجندية للدفاع عن الوطن . وأما الدخول في الجمعيات التعاونية أو النقابات العمالية أو غيرها فما دام لم يتبعه غرم ولا إفساد في الأخلاق ولا ضرر في الأجسام فذلك جائز .

بند [268] سلطة الوصي

القانون الروماني : كانت سلطة الوصي مطلقة في أملاك القاصر بلا رقابة ولا حساب ثم قيدت شيئًا فشيئًا فمنعت الهبات بين القاصر ووصيه ، وأصبح للقاصر طلب إبطال ما عمله الوصي بسوء نية .

والقاصر عديم الأهلية ؛ ففي دور الطفولة لا يمكن للقاصر عمل أي شيء مطلقًا حتى مع إجازة الوصي . والطفولة تنقطع من ست سنوات ، فإن خرج من الطفولة أي بعد 6 سنين جاز له فعل كل ما يحسن حالته لا ما يثقلها كالتملك ، دائنًا ، مسددًا دينه إلخ ، لا يجوز له قبض دينه أو عقد بيع إلخ .

والواجب على الوصي إدارة أملاك القاصر مدَّةَ وصايته وردُّ أمواله إليه بعد بلوغه سن الرشد بدون عقاب على من بددها ، ثم أبيح رفع دعوى عمومية لعزل الوصي من أي شخص متى أساء التصرف أو بدد ، ثم أبيح للقاصر استرداد ثمن ما باعه الوصي مدة وصياته ، ثم أبيح للقاصر مقاضاة وصيِّه متى ارتكب خطأ في إدارة أملاكه ، ثم طلب من الوصي ضامن وتعهد بحسن الإدارة ورد الأموال بعد نهاية الوصاية ، ثم ألزم الوصي بعمل حصر لأملاك القاصر عند استلامها (1) .

بند [269] القانون الفرنسي

مدى سلطة الوصي : لمعرفة سلطة الوصي يجب التفرقة بين أربعة أحوال :

---

(1) انظر : الأبواب من الثالث عشر إلى الثاني والعشرين من الكتاب الأول ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ص 32 ، 44 .

أولًا – أعمال يعملها الوصي وحده وهي الإدارة ، ويدخل فيها الأعمال التحفظية وإيجار العقار لمدة تسع سنين أول عقد وفي التجديد أو عقد جديد قبل نهاية الأول يكون قبلها بثلاث سنين أو سنتين حسب موقع العقار ، ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله ، ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

ثانيًا – أعمال يعملها الوصي بإذن مجلس العائلة كقبول أو رفض الميراث . وقبول الميراث باسم القاصر لا يكون إلا بعد حصر التركة لمعرفة نفع القاصر إذا لم تكن مدينة ، أو ضرره عند تحملها بالدين ؛ لأنه متى قبل الميراث تحمل بكل دين التركة ولو أزيد منها ، وقبول الهبة .. ومع ذلك فللأب والأم قبول الهبة وكذا للأصول بدون إذن مجلس العائلة ، ورفع دعوى عقارية أو قبول دعوى عقارية خاصة بالقاصر ، وطلب القسمة باسم القاصر ، ولكن الدفاع عن القاصر في دعوى القسمة لا يحتاج إلى إذن أحد ، بيع أسهم مالية باسم القاصر بمتوسط سعر اليوم من مكتب أعمال رسمي وكذا تحويل سند اسمي إلى سند لحامله .

ثالثًا – أعمال لا يعملها الوصي إلا بإذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة : القرض بأي مبلغ لأي سبب كان وبأي شروط كانت – بيع عقار القاصر ويجب كونه في المزاد العلني بحضور المشرف ومراقبة قاض تعينه المحكمة بعد الإعلان عنه ثلاث مرات في ثلاثة أسابيع – عمل رهن عقاري على أملاك القاصر وكذا كل حق عيني يترتب على عقار القاصر ، ويجب أن توجد في هذه التصرفات ضرورة ملحة أو منفعة القاصر تقضى بذلك – وبيع سندات مالية منقولة أزيد من 1500 فرنك كرأس مال – عقد إيجار تزيد مدته عن 18 سنة ولا تزيد عن 99 سنة لعقار من عقارات القاصر – الصلح في القضايا ، ولا يكفي إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة بل يجب أيضًا أخذ رأي ثلاثة من رجال القانون يعينهم النائب العام ، ويكونون قد أمضوا عشر سنين على الأقل في المحاماة أمام الاستئناف .

رابعًا – أعمال لا يعملها مطلقًا لا بإذن ولا بدون إذن : الهبة بين الأحياء أو الوصية بعد الممات – عقد خاص بأملاك القاصر أيا كان بين القاصر والوصي ، فإن آجر لنفسه ملك القاصر فالمؤجر يكون المشرف بعد تحديد الشروط بمعرفة مجلس العائلة .

وكل مالم ينص عليه القانون بالمنع يجوز للوصي عمله ، وللوصي بيع منقول

القاصر بالمزاد العلني بمعرفة موظف مختص بدون إذن أحد [1] .

بند [270] التشريع الإسلامي

على الوصي إدارة أموال القاصر ويدخل فيها الأعمال التحفظية ، وإيجار عقاره لمدة ثلاث سنين إن لم تجر العادة بغير ذلك وإلا راعى العادة مع المحافظة على أموال القاصر ، ويقبض إيراد القاصر ورأس ماله ، ويباشر جميع أعماله الخاصة بالمنقول .

وليس في التشريع الإسلامي رد أو قبول الميراث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين [2] ، وليس في الشريعة الإسلامية (الحلول) يعني اعتبار الوارث حالًّا أو ممثلًا محل المورث ، فلا يدفع الوارث دين مورثه إلا بقدر ما ناله من التركة إلا إذا تبرع بسداد ديون مورثه . والوصي ممنوع من التبرع بأموال محجوره أيًّا كانت [3] .

ليس لولي القاصر والمحجور عليه رد الموهوب الكثير غير التافه كالكسرة والتمرة فلا يفوت كلًّا منهما هبة بعدم القبول ، فلا يحتاج الوصي لإذن أحد في قبول الهبة للقاصر ، كما أن له الصلح عن قاصره كذلك .

وللوصي رفع الدعاوى باسم القاصر دفاعًا عن مصلحته وتمثيلهُ متى كان مدَّعًى عليه ، وطلب القسمة ، وبيعُ أسهم مالية باسم القاصر متى دعت الضرورة لذلك وكان في مصلحة القاصر متى قل المال في المتعارف ، وتحويل سند لحامله إلى سند اسمي لأن فيه حفظ مال القاصر لا تحويل سند اسمي إلى سند لحامله لأنه لا فائدة فيه للقاصر إلا إذا كان يريد البيع ، والسند لحامله أغلى من السند الأسمى ، وكانت المنفعة للقاصر ظاهرة - كل هذا يعمله الوصي بلا إذن من أحد .

وللوصي تسلف مال القاصر إذا كان له مال فيه الوفاء ، وليس له إقراض مال اليتيم للغير ، فإن فعل فقد فرط فهو ضامن عند عدم الوفاء .

وللوصي بيع عقار القاصر بشروط :

---

(1) انظر : البنود من 450 إلى 468 في الفصل الثامن ، من الباب الثاني من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 101 : 106 .

(2) قاعدة : لا تركة إلا بعد سداد الدين .

(3) لا يجوز له أن يبيع التركة أو شيئًا منها لقضاء دين أو تنفيذ وصية إلا بحضرة الكبير ؛ إذ لا تصرف للوصي في مال الكبير ، فإن غاب الكبير أو أبى البيع نظر الحاكم : الشرح الكبير 453/4 .

1 - دعاء الضرورة لوفاء دين ونحوه .

2 - ثبوت أن هذا العقار هو الأولى بالبيع من غيره .

3 - وبيعه بالمزاد العلني .

4 - وعدم وجود زائد على الثمن الذي أُعْطِي فيه .

5 - وأن يكون الثمن ثمن المثل . 6 - وكون الثمن نقدًا وحالًّا .

7 - وإثبات أسماء الشهود الذين حققوا هذه الشروط ، ومتى ثبتت منفعة القاصر في البيع بزيادة الثلث فأكثر من مال حلال جاز البيع بشهود عند الحاجة . فإذا لم تتوفر الشروط المذكورة فللقاضي رده متى بلغ رشده ، وللوصي رهن مال القاصر متى وجدت مصلحة ، وكذا كل حق عيني تقضي به الضرورة القصوى أو منفعة القاصر ، كل هذا يعمله الوصي بدون استشارة أحد [1] .

وليس له عقد إيجار لمدة أزيد من ثلاث سنين ، إلا إذا جرت العادة وكان فيها منفعة للقاصر والوصي مسئول عن ذلك ، وللقاصر نقضه بعد بلوغه متى انتفت وجه المصلحة له عند العقد .

وليس للوصي الهبة من مال القاصر ولا الإيصاء من مال القاصر ، وعليه تنفيذ الأحكام في مال القاصر . وليس له سداد دين بدون سند المديونية الصحيح ، وليس له الاعتراف على القاصر بدين أو عين أو وصية على الميت ، وقبول تحكيم فيما يعرض لمصلحة القاصر مع الآخر وفيه خطر فيجب حكم الحاكم لحسمه النزاع بين الجميع . وليس للوصي أن يشتري أموال القاصر لنفسه إلا إذا وافقت المصلحة لليتيم [2] . فإن تعاقد الوصي على شيء من أموال القاصر وجب تعيين من

---

(1) نص المالكية على أنه لا يجوز لغير الولي أن يبيع التركة . هذا إذا كان في الحضر . وأما إذا كان في السفر فله البيع . ولو مات شخص في سفر فلوصيه بيع متاعه وعُرُوضه لأنه يَثْقُلُ حمله ، وعن أبي عمران أن من مات في سفره بموضع لا قضاء فيه ولا عدول ولم يوص ، واجتمع المسافرون وقدموا رجلًا فباع هناك تركته ، ثم قَدِموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع إذ لم يبع بإذن حاكم أن ما فعله جماعة الرفقة من بيع أو غيره جائز . وقد وقع هذا لعيسى بن عسكر وصوب فعله وأمضاه . حاشية الدسوقي 453/4 .

(2) يقول الرهوني : وللولي رد تصرف مميز إن كان الرد مصلحة . وذلك في غير الشيء التافه فلا يحتاج لإذن حاشية الرهوني 327/5 .

يمثل القاصر ليقبل عنه ويحافظ على مصلحته مع الوصي المتعاقد معه . والقاعدة العامة أن الوصي مكلف بعمل كل ما فيه المصلحة للقاصر في ذاته وماله إلا ما نص عليه بالمنع [1] وإلا مع استيفاء الشروط فلا بد منها ، وإلا كان عمله باطلًا بالنسبة للقاصر والوصي ضامن لما يحصل .

والنظام المتبع الآن عرض تصرفات الوصي الخاصة ببيع عقاره على المجلس الحسابي لتحققه المصلحة . وللوصي بيع منقول القاصر متى خيف عليه التلف أو دعت مصلحة القاصر لبيعه ، ويصرح بما عرض .

بند [271] واجبات الوصي

القانون الفرنسي – تقسيم أساسي : يمكن تقسيم واجبات الوصي إلى ثلاثة أزمنة .

1 – وقت تحمل أعباء الوصاية . 2 – مدة وجودها . 3 – عند نهايتها .

أولًا – واجبات الوصي عند دخوله في الوصاية :

1 – حصر التركة . 2 – بيع المنقول من التركة .

3 – تقدير النفقة اللازمة للقاصر . 4 – استثمار رأس المال .

5 – تحويل السندات المالية لحاملها إلى سندات اسمية (باسم حاملها) .

أولًا – حصر التركة في العشرة الأيام التالية لتعيين الوصي : يجب عليه رفع الأختام عن أعيان التركة وحصرُها بوجود المشرف ، ويجب عليه إعلان دينه ومقداره في التركة أمام مسجل العقود وإلا سقط حقه فيه إن كان دائنًا للمورث .

ثانيًا – بيع المنقول في الشهر التالي لإتمام الحصر : يبيع الوصي الأموال المنقولة الجسمانية بالمزاد العلني ، ويحتفظ ما أوصى به مجلس العائلة من موبيليا العائلة أو تحف فنية أو تذكارية للعائلة ، وهذا الواجب لا يلزم الأب أو الأم متى كان له التمتع القانوني .

ثالثًا – تحديد النفقة السنوية للقاصر : يحدد الوصي مقدار نفقة القاصر في السنة

(1) قاعدة : الوصي مكلف بعمل كل ما فيه المصلحة للقاصر في ذاته وماله إلا ما نص عليه بالمنع .

بمعرفة مجلس العائلة كما يحدد إيراده أيضًا الناتج من إدارة أملاكه مع تحديد أوجه استغلال ما زاد عن نفقة القاصر السنوية ، فإذا أهمل الوصي استغلال باقي الريع تحمل الفائدة القانونية بعد ستة أشهر عن أي مبلغ لم يستغل .ويجب على الأب والأم ذلك الاستغلال فيما زاد عن 1500 فرنك .

رابعًا – استثمار رأس مال القاصر : على الوصي متى وجد مالًا زائدًا عن حاجات القاصر وقت حصر التركة أن يستغله في مدة 3 أشهر وإلا لزمه فائدته .

خامسًا – تحويل السندات المالية : يجب على الوصي تحويل السندات المالية التي لحاملها إلى سندات اسمية في مدى ثلاثة أشهر . فإذا لم تكن قابلة للتحويل وجب على الوصي استئذان مجلس العائلة في بيعها أو بقائها ، فإن بقيت اتخذ مجلس العائلة ما يراه صالحًا لحفظها من التلاعب ، ويجب على المشرف ملاحظة ذلك وتقديم تقريرٍ به .

ثانيًا – واجبات الوصي مدة وصايته : يجب على الوصي إدارة أملاك القاصر بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن لكل تعويض عن التلف أو الخسارة التي تنتج عن سوء إدارته ، ويجب عليه على الخصوص :

1 – استغلال ما زاد من الإيراد على المنصرف سنويًا في مدة ستة أشهر .

2 – استغلال رأس المال الذي يأتي للقاصر في مدة ثلاثة أشهر .

3 – تحويل السندات التي تأتي للقاصر وتكون لحاملها إلى سندات اسمية .

ثالثًا – واجبات الوصي في نهاية وصايته : متى انتهت الوصاية وجب على الوصي تقديمُ الحساب الختاميّ وتسليمُ القاصر أملاكه .

تقديم الحساب : وهو تدوين جميع واردات القاصر ومصروفاته المؤسسة على حصر التركة من يوم تعيينه وصيًا ليوم تسليمها ، والظروف الموجبة لتقديم الحساب هي كلما انتهت الوصاية بأي وجه ، وذلك :

1 – بموت الوصي يتعين على ورثته تقديم كشف حساب إلى الوصي الجديد .

2 – بموت القاصر يتعين على الوصي تقديم كشف حساب إلى ورثته .

3 – باستبعاد الوصي أو باستعفائه من الوصاية . فيجب عليه تقديم الحساب إلى من يخلفه .

4 – ببلوغ القاصر سن الرشد يقدم الوصي كشف حسابه إلى القاصر بحضور مستشاره .

5 – ببلوغ القاصر وفك الوصاية عنه يقدم الحساب إلى القاصر نفسه فقط . وعلاوة على هذا الحساب يقدم الوصي بيانًا كافيًا عن حالة التركة وإدارتها للمشرف ليتبين منه سير الوصي في وصايته .

يجب أن تكون المصروفات المدعى بها مؤيدة بأدلتها كما يجب تسليم الحساب ومستنداته بإيصالات وصور طبق الأصل ، ونفقة ذلك على القاصر وفي ماله [1] .

بند [272] التشريع الإسلامي

واجبات الوصي عند دخول الوصية ، ومدة الوصاية ، وعند نهاية الوصاية ، من قبيل النظم الموضوعة لحسن نظام وكفالة حفظ أموال عديمي الأهلية فليس هذا تشريعًا موضوعيًّا . لهذا كان لا يتنافى مع النظم الشرعية في طريقة حفظ مال القاصر واستغلاله وتسليمه ، وجرد أعيان التركة المحصورة بمعرفة رجال الإدارة وإرشاد أقارب المتوفى أو شيخ البلد أو العمدة ، وبعد الجرد يعمل كشفًا بما استلمه من أعيان التركة ويمضيه ثم يقدمه للمجلس ، وهو أساس المسئولية للوصي ، ثم يبيع المنقول من التركة إن كان قليلًا وإن كثر عين المجلس أحد أعضائه للبيع بمعرفته ، ثم بعد ما يتبين المجلس قيمة التركة قلة وكثرة يقرر نفقة القاصر الشهرية ، ثم يقرر المجلس نوع استثمار أموال القاصر إلخ . كل هذا له مواعيد حددها قانون المجلس الحسابي .

يعتبر التشريع الإسلامي أن الفائدة القانونية محرمة لأنه يدعو الناس للتكاسل عن السعي في الحياة وهو ربا والربا محرم بنص القرآن ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ [2] والرِّبا لغةً كل ما زاد عن أصل دينك وليس ربحًا لتجارة . فالعرف جرى الآن بوضع فاضل أموال القصر في بنك مصر بلا فائدة ، وليس هذا لمصلحة

---

(1) انظر : البنود من 450 إلى 475 في الباب الثاني ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 101 : 108 .

(2) سورة البقرة الآية رقم 275 .

القصر في شيء شرعًا [1] .

والواجب استثمار مال القاصر في شراء أسهم مالية أو مساهمة في أعمال تجارية مضمونة عليها رقابة كافية كالجمعيات التعاونية وهي كثيرة ومنتشرة ، وليس هذا ربًا لأنه ربح تجاري يقسم على عدد الأسهم ويزيد وينقص حسب الربح التجاري . أما تحويل السندات المالية التي لحاملها إلى سندات اسمية باسم القاصر فهو من قبيل حفظ أموال القاصر وهو منقول فيتصرف فيه الوصي ، ثم يعرض تصرفه على المجلس الحسابي .

ومفروغ منه أن الوصي يدير أملاك قاصره بعناية تامة كأب شفوق ، وهو ضامن للتلف أو الخسارة التي تنتج عن سوء إدارته أو تفريطه .

وعلى الوصي تقديم الحساب بأدلته ومستنداته إلى من يخلفه ، أو إلى القاصر متى فكت عنه الوصاية . وجميع نفقات التركة إلى ساعة تسليمها تحسب عليها ، كذلك نفقات الوصي بالمعروف في التركة إن لم يكن له جعل معين نظير عمله فلا يستحق شيئًا قبل القاصر .

وكلما قدم الوصي حسابه في أثناء سني الوصاية أو عند بلوغ القاصر سن الرشد وفك الوصاية بعث المجلس الحسابي خبيرًا حسابيًا لبحثه ولمراجعة مستنداته وتقرير ما يراه لمصلحة القاصر ، وللقاصر إبداء شكواه للمجلس من سوء تصرف وصيه حتى عند نهاية الوصاية .

ونظام المجالس الحسابية وأحكامها مأخوذ من مذهب الإمام أبي حنيفة ؛ لأن الخليفة كان حنفيًا فكان قضاته أحنافًا ، وكان لا يولي القضاء إلا الأحناف ، ولا يحكم إلا بما نص عليه في مذهب أبي حنيفة . فلما انفصلت مصر عن الدولة العلية واستقلت واحتاج الناس في حياتهم العامة إلى بعض أحكام لا تخرج عن الشريعة وهي أرفق بالناس رجعوا إلى مذهب الإمام مالك فأخذوا منه التطليق للإعسار بالنفقة ، وتحديد العدة للمطلقة التي تدعي عدم الحيض بسنة بيضاء ، والتطليق بالضرر ، وهي كلها أحكام سهلة لينة مشروعة يحتاج إليها الناس . وقد

---

(1) يقول ابن عبد البر [قال الله ﷻ ، وأحل الله البيع وحرم الربا] وقال ولا تأكلوا الربا ، وأجمع العلماء من السلف والخلف أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضًا عينًا أو عرضًا . الكافي لابن عبد البر ص 302 ، القوانين الفقهية ، كتاب البيوع 271 ، بداية المجتهد ج 2 ص 192 ومن الواضح أن المؤلف يوافق على استثمار أموال القاصر في شراء الأسهم المالية والسندات .

عمل بذلك في محاكمنا الشرعية بالديار المصرية ، وسيعمل قريبًا بمشروعية التحكيم ﴿ فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ [1] إلخ الآية .

بند [273] احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذي بلغ رشده

القانون الفرنسي :

أولًا – كل اتفاق خاص بحساب الوصاية (مخالصة ، إخلاء من المسئولية ، مصالحة) بين الوصي والقاصر الذي بلغ رشده يكون لاغيًا إذا كان سابقًا على نهاية المدة بعشرة أيام من تاريخ إيصال تسليم الحساب والأوراق المثبتة له .

ثانيًا – القاصر الذي بلغ رشده لا يجوز له الهبة ولا الوصية لمن كان وصيًا عليه ما عدا أصول القاصر فيجوز متى تقدم حساب القاصر مدة الوصاية النهائي . فإن بقي بذمة القاصر حساب تعين دفع فائدته من تاريخ نهاية الحساب الختامي بموجب القانون ، وإن بقي للوصي بذمة القاصر تحسب أرباحه من تاريخ طلب الدفع الرسمي .

ثالثًا –كل حق قضائي ترتب من الوصاية للقاصر ضد وصيه لا يسقط إلا بمضي عشر سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد ، أما فيما يتعلق برد الوصي أملاك القاصر أو بدفع باقي الحساب فلا يسقط الحق إلا بمضي ثلاثين سنة من تاريخ بلوغ الرشد [2] .

ما يترتب على تنفيذ القواعد السابقة وعلى تنفيذها من الوصي ومن القاصر :

أولًا – الأعمال التي أتمها الوصي مع ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانونًا : هذه الأعمال صحيحة ولا يمكن إلغاؤها قانونًا ، والقاصر ملزم بما يترتب عليه ولو أضرت بمصلحته ، ولكن له في هذه الحالة طلب تعويض من الوصي .

ثانيًا – الأعمال التي أتمها الوصي مع عدم ملاحظة الأشكال والشروط المطلوبة قانونًا : هذه الأعمال يصح إلغاؤها بطلب القاصر أو من يمثله وهو إلغاء خاص ، ودليله الوحيد الذي يقدمه للمحكمة هو مخالفة القانون .

ثالثًا – الأعمال التي أتمها القاصر نفسه ولم يكن مشروطًا على الوصي إذا

---

(1) سورة النساء الآية رقم 35 .

(2) انظر : البنود من 469 إلى 487 في الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 106 : 110 .

عملها إذن مجلس العائلة أو مع تصديق المحكمة : هذه الأعمال قابلة للإلغاء الخاص فيصح إلغاؤها بشرطين :

1 - إثبات أنه كان قاصرًا وقت عملها .

2 - أن يكون نتج عنها ضرر لمصلحته من نفس العمل .

وليس قصور الصغير سببًا في الإلغاء وحده بل لا بد من تأثر مصلحته أيضًا من شروط العقد لا من ظروف عرضية لاحقة .

رابعًا - الأعمال التي أتمها القاصر نفسه وكان مشروطًا فيها على الوصي إذا عملها إذن مجلس العائلة فقط أو مع تصديق المحكمة : هذه الأعمال قابلة للإلغاء الخاص أيضًا لكنها تعتبر من قبيل الأعمال التي خولف فيها الشكل والشرط القانوني . فللقاضي أو من ينوب عنه طلب الإلغاء ودليله فوق كونه قاصرًا أن يقدم دليلا أنه خالف القانون في الشكل ، وليس بلازم حصول ضرر مادي من العمل المذكور .

خامسًا - القاصر ملزم بما ترتب عن فعله الجنائي وفي الجنح والمخالفات بدون اعتذار بأنه قاصر .

بند [274] تصرفات القاصر قبل بلوغه

التشريع الإسلامي : للولي أو الوصي رد تصرف سفيه أو صبي مميز بمعاوضة بلا إذن وليه ، كبيع وشراء إن لم يكن فيه مصلحة للقاصر ، وإلا أجازه ، فإن كان التصرف بغير عوض كهبة وصدقة وعتق تعين على الولي رده ، كما للولي رد إقرار القاصر بدين أو بإتلاف [1] .

والمعاملة التي بين الوصي والقاصر يتطرق إليها الشك دائمًا ، فإن كانت لمصلحة الوصي كإخلاء طرفه أو مخالصة أو مصالحة فهي لاغية ، لاحتمال أن يكون عملها بتأثير الوصي لأنها في مصلحته ، فإن أقرها القاصر بعد بلوغه رشيدًا فهي نافذة عليه . ومتى بلغ القاصر رشيدًا فتصرفه نافذ أيًا كان [2] فيجوز له الهبة لوصيه ، أو الوصاية له

(1) وللولي أب أو غيره رد تصرف شخص مميز محجور عليه ذكر أو أنثى بمعاوضة من غير إذن وليه . وأما بغير معاوضة كهبة وعتق فيتعين رده الشرح الكبير 294/3 .

(2) قاعدة : متى بلغ القاصرُ رشيدًا فتصرفه نافذًا أيًا كان .

كما يجوز له إبراؤه مما في ذمته والاعتراف بالقبض لأنه عاقل بالغ رشيد لا حجر عليه [1] .

ويسري حكم المدة على دينه بعشرين عامًا مع حضور وتمكن من الطلب بلا مانع ، أو بثلاثين عامًا ، أو لا تسقط أصلًا بمضي المدة خلاف في مذهب الإمام مالك . والأظهر في ذلك اجتهاد الحاكم بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدَّين ، فنحو عشر سنين أو أقل تقتضي الترك أو الإغضاء ، ونحو الخمسة عشر عامًا قد لا يقتضي ذلك .

وأما رد أملاك القاصر بعد بلوغه سن الرشد فلا يسقط ، لأن الوصي بامتناعه عن الرد اعتبر غاصبًا ، والغاصب لا يقر على حاله إطلاقًا [2] ، فلا يؤثر مر السنين على سقوط الحق في الأعيان المغتصبة ما دامت موجودة وإلا فضمان القيمة .

ومتى تصرف الوصي في حدود الشروط والمصلحة للقاصر لزم القاصر ما التزمه الوصي لأنه يعمل لمصلحته في ماله ، فإن خاصم عن القاصر ، أو قَسَّم تركته وأفرز نصيبه ، أو صالح عنه وكان ذلك في حدود مصلحة القاصر ، أو اشترى أو باع كذلك لزم القاصر ما فعله وصيه ، فإن خالف الوصي فتصرفه باطل ، ولا يلزم القاصر به ، بل قيل : وعليه رده بعد بلوغه ولا ينقلب صحيحًا . فمدار إلزام القاصر بفعل الوصي هو المصلحة ولو بغبن يسير لا ضرر فيه . فإن تمحض الضرر كبيع عقاره بلا مسوغ مما تقدم فالبيع باطل غير نافذ على الصغير ، فإن فات المبيع بيد المشتري ضمن الوصي قيمته ، ويشترط إثبات ما لحق القاصر من الضرر وفوات مصلحة محققة حتى يصح الحكم على تصرف الوصي بالبطلان وتضمينه .

فإن تصرف القاصر ولم يطلع عليه وصيه حتى بلغ رشده فتصرفه في قصره غير ماض وله رده متى رشد [3] .

والقاصر - وإن كانت عقوده غير لازمة إلا إذا أجازها الوصي وكان له إجازتها كعقود المعاوضة كبيع وشراء - إلا أن أفعاله لازمة له في ماله فإن جنى على النفس

---

(1) متى بلغ الصبي عاقلًا زالت عنه ولاية الأب والوصي والحاكم من حيث تدبير نفسه وصيانة مهجته . حاشية الدسوقي 293/3 .

(2) قاعدة : الغاصب لا يقر على حاله إطلاقًا .

(3) يقول ابن رشد : خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة أو صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئًا بعوض كان موقوفًا على نظر وليه إن كان له ولي فإن رآه رشدًا أجازه وإلا أبطله . بداية المجتهد ج 2 ص 485 وما بعدها والشرح الصغير ج 3 ص 154 .

أو أتلف مالًا يؤتمن عليه وهو قاصر لزمه أثر جنايته وضمن ما أتلف من مال الغير .

فإن أُمِّنَ القاصر على مال وأتلفه فلا ضمان عليه لأن من أمنه قد سلَّطه على إتلافه ، فإن كان الذي أمنه على المال هو صاحب المال ذهب ماله هدرًا لأن القاصر محجور عليه ولو ضمَّنا المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر ، وإن كان الذي أمنه على المال غير صاحبه فعلى المؤمِّن الضمان لتفريطه ، فإن حفظ الصبي (القاصر) ماله بما أنفق من المال المؤتمن عليه فيقوم الأقل من المال ومما حفظه من ماله ، فلو اؤتمن على عشرة ليوصلها لبيت صاحبها فأنفق منها ثمانية على نفسه أكل بها أو اشترى ثوبًا فصان ما كان ينفقه على نفسه من ماله بمقدار عشرة مثلًا فإنه يغرم الأقل مما صانه من ماله ومما أنفقه وهي ثمانية ، فإن أنفق العشرة وصان بها خمسة فقط ضمن الخمسة .

بند [275] نهاية الوصاية

القانون الفرنسي : تنتهي الوصاية لسببين أحدهما يأتي من جهة القاصر وهي نهاية حقيقية ، وثانيهما ما يأتي من ناحية الوصي وهي تغيير فقط وليس نهاية حقيقية للوصاية (1) :

أولًا – الأسباب الآتية من ناحية القاصر ثلاثة :

1 – بلوغ القاصر سن الرشد وهو (21) سنة كاملة مبتدأة من ساعة ولادته إلى مثلها بعد إحدى وعشرين سنة .

2 – فك الوصاية الذي يضع بدل الوصي وليًا .

3 – موت القاصر .

ثانيًا – الأسباب الآتية من ناحية الوصي وهي اثنان :

1 – موت الوصي .

2 – عدم الأهلية أو الاعتذار عن قبول الوصاية أو نزع الوصاية منه .

---

(1) انظر : البنود من 442 إلى 449 ، في الفصل السابع من الباب الثاني ص 99 : 101 والبنود : من 476 إلى 487 في الباب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي الجزء الأول ص 108 : 110 .

خصوصيات وصاية الطفل الطبيعي : سوَّى قانون سنة 1907 في الوصاية بين الطفل الطبيعي والطفل الشرعي ، ولكنه خص الطفل الطبيعي بما يأتي :

1 - أن الوصاية على الطفل الطبيعي توجد بمجرد الولادة وأنه لا يخضع إلى الإدارة الشرعية .

2 - ليس له مجلس عائلة والذي يقوم مقام المجلس هي المحكمة المدنية فتجيز زواجه .

3 - ليس للأم التنحي عن وصاية ولدها الطبيعي بأي عذر كان .

4 - المواد 402 إلى 416 الخاصة بوصاية الأصول أو مجلس العائلة من القانون المدني لا تطبق على الطفل الطبيعي .

وكل امرأة تكون أهلًا لإدارة أموال الطفل الطبيعي بدون إذن زوجها .

بند [276] نهاية الوصاية

القانون الروماني : تنتهي الوصاية متى بلغ القاصر 14 سنة ، ومتى فقد الحرية أو الجنسية الرومانية ، ومتى مات القاصر . هذا من جهة القاصر . وأما من جهة الوصي فتنتهي الوصاية متى فقد الوصي الحرية أو الجنسية ، ومتى مات الوصي ، وبعزله من الوصاية لسبب ارتكابه تبديدًا فيها ، وبقبول استعفائه من الوصاية . وللطفل ثلاثة أزمنة :

أولًا - من الولادة إلى سبع سنين يعتبر طفلًا (الطفولة) .

ثانيًا - من سبع سنين إلى أربع عشرة سنة يعتبر (حدثًا) قاصرًا عن درجة البلوغ الشرعي .

ثالثًا - من 14 أربع عشرة سنة إلى خمس وعشرين سنة يعتبر قاصرًا فيعين له قيم إلى 25 سنة ، ومن خمس وعشرين سنة يكون الرجل حرًّا في جميع تصرفاته بكامل أهليته إلا ما يطرأ عليه [1] .

بند [277] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : تنتهي الوصاية على القاصر كالآتي :

---

(1) انظر : الباب الثاني والعشرين ، من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان ص 43 - 44 .

1 - بموت القاصر . 2 - بفك الوصاية [1] .

3 - ببلوغ القاصر سن الرشد وهو عند مالك 18 ثمان عشرة سنة إذا لم يكن بلغ بعلامات طبيعية ، وعند أبي حنيفة 15 خمس عشرة سنة فإذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المال إليه إلا بعد 25 سنة عنده - والبلوغ الشرعي عندهما بالاحتلام والإنزال والإحبال . هذا في الغلام . وفي الأنثى بالحيض والحبل والاحتلام مع الإنزال [2] . فإن لم تظهر علامة من هذه العلامات حكم ببلوغهما بالسن وهو 15 عامًا عند أبي حنيفة و 18 عامًا عند مالك . فمتى بلغا رشيدين يحفظان مالهما ثبت رشدهما عند أبي حنيفة ، وثبت رشد [3] الغلام عند مالك ، وأما الأنثى فيشترط فيها عند مالك زيادة على رشدها وحفظها مالها وبلوغها أن يدخل الزوج بها وأن يشهد العدول على صلاح حالها ، ومتى بلغ القاصر سن الرشد محسنًا التصرف فكت عنه الوصاية فيتصرف كما يشاء بلا تعيين ولي ولا استشارة أحد .

ويعين وصيٌّ بدل الوصي المتوفى أو المعزول أو المستقيل .

وأما الطفل الطبيعي فلا حقيقة لوجوده في التشريع الإسلامي حيث لا واسطة بين الطفل الشرعي وولد الزنى ، فإن ملك الطفل غير الشرعي مالًا عين الحاكم من يحفظه له ويديره فهو وصي القاضي ، وقد تكون أمه إذا كانت معلومة .

---

(1) لا يحتاج ذو الأب إلى فكٍّ من أبيه ، بخلاف ذي الوصي والمقدم فيحتاج إليه . ولا يحتاج الفك منهما إلى إذن القاضي . وصورة الفك أن يقول للعدول اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان محجوري ، وأطلقت له التصرف وملكت له أمره ، لما قام عندي من رشده وحفظه لماله . وإنما احتاج ذو الوصي إلى الفك بخلاف ذي الأب مع أنه الأصل ، لأن الأب لما أدخل ولده في ولاية الوصي صار بمنزلة ما لو حجر عليه ، وهو إذا حجر عليه صار لا ينتقل إلا بإطلاقه ، وكذا يقال في المقدم ، فإن مات الوصي قبل الفك ولم يوص عليه فأفعاله بعد ذلك على الحجر . الشرح الكبير 296/3 ، 297 .

(2) علامات البلوغ فيما نص عليه فقهاء المالكية خمسة : ثلاثة منها مشتركة واثنان مختصان بالأنثى منها السن ، وهو تمام ثمان عشرة سنة ، والاحتلام ، والإنبات والحيض أو الحمل بالنسبة للأنثى أو اللحية . الشرح الكبير 293/3 .

(3) الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده عند المالكية هو الصغير الذي لم يبلغ ، والبكر ذات الأب والوصي ، ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافًا كثيرًا من دون الثلاثين إلى الستين . بداية المجتهد ج 2 ص 423 والشرح الصغير ج 3 ص 151 والكافي لابن عبد البر ص 423 .

بند [278] فك الوصاية وتعيين ولي للقاصر

القانون الفرنسي – نظرة عامة : فك الوصاية حالة يوضع فيها القاصر فتنتهي بها الوصاية والسلطة الأبوية . ويمنح القاصر نصف أهلية فيكون بها وسطًا بين قاصر فقط وبين بالغ سن الرشد فيتصرف منفردًا باستشارة وكيله الشرعي ، وهذا الوضع ينتج من عمل مجلس العائلة الاختياري أو من الزواج . وهو في الغالب يكون ليعمل القاصر كتاجر [1] .

أولًا – مأخذ فك الوصاية :

فك الوصاية نوعان : فك الوصاية الصريح ، وفك الوصاية الضمني ، ففك الوصاية الضمني هو الذي ينتج عن الزواج بموجب القانون ، فبمجرد زواج الذكر أو الأنثى التي تكون تحت الوصاية أصبح لا وصاية لأحد عليه قانونًا ، إلا حقوق الزوجية ، وفك الوصاية الصريح هو الناتج من الإرادة الصريحة المعبر عنها الممثل للقاصر ، وذلك :

1 – الطفل الخاضع للسلطة الأبوية فقط ، أو مع الوصاية : حق فك وصايته يتعلق بالأبوين ، أولًا بالأب ، ثم بالأم . وفك الوصاية ممكن من بلوغ الصغير 15 سنة (خمس عشرة سنة كاملة) بإعلان ذلك بإشهاد أمام قاضي الصلح وحضور كاتبه .

2 – والطفل الخاضع للوصاية فقط : حق فك وصايته يتعلق بمجلس العائلة لا بالوصي ؛ فإذا لم يجمع الوصي مجلس العائلة للتشاور في فك الوصاية فللأقارب إلى أولاد العم الأشقاء جمع المجلس لذلك ، ولا يكون فك الوصاية في حالة الوصاية إلا ببلوغ الصغير 18 سنة (ثماني عشرة سنة) فيعلن قاضى الصلح في محضر اجتماع مجلس العائلة بعد التشاور أن الصغير فكت عنه الوصاية .

ثانيًا – نتائج فك الوصاية : فك الوصاية ينتج نتائج بالنسبة لشخص القاصر ، وبالنسبة لأملاكه .

فبالنسبة لشخص القاصر يكون تقريبًا كالرشيد ، فيخرج من حق تهذيب الأب

---

(1) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الباب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 106 : 110 .

أو الوصي ومن حق الحفظ والتأديب ، وله اختيار محل إقامة كما يشاء ، وله أيضًا عقد الجندية .

ويبقى عديم الأهلية في شيئين :

1 - التبني الذي يفرض بلوغ الرشد .

2 - الزواج الذي يفرض رضاء الوالدين ومن في حكمها إلى سن 21 سنة (إحدى وعشرين سنة) .

وبالنسبة لأملاك القاصر ، يضع فك الوصاية نهاية إلى تمتع الأبوين القانوني ، ويعوض الإدارة القانونية والوصاية بنظام الوكالة أو الاستشارة .

بند [279] التشريع الإسلامي

فك الوصاية : هي حالة يخرج بها القاصر من الوصاية أو الولاية ، ويتساوى مع كاملي أهلية التصرف ؛ فمتى فكت الوصاية أصبح رشيدًا يتصرف في أمواله كما يشاء ، ولا يمنع من تصرف شرعي إطلاقًا ، وليس في حاجة لاستشارة أحد .

وفك الوصاية يكون من الأب أو الوصي أو مقدم القاضي (وصي الحاكم) وهو الآن بالديار المصرية بيد (المجلس الحسابي) .

وفك الوصاية نوعان : صريح كأن يقول الولي أو الوصي : أشهدكم أن محجوري فلان أصبح رشيدًا ، أو يقرر المجلس الحسابي فك الوصاية عن القاصر لبلوغه الرشد ، أو ضمني كأن يتصرف القاصر بمرأى ومسمع من وصيه أو وليه فيقر تصرفه (1) .

وأما الزواج فلا يخرج القاصر عن الوصاية ، لجواز الزواج قبل البلوغ رشيدًا ؛ إذ يجوز أن يكون قد تزوج قبل البلوغ ، أو بلغ ولم يعلم رشده ولم يصل إلى 18 سنة ولم يقره وصيه . والذي يملك فك الوصاية متنوع كما يأتي :

أولًا – الصبي متى بلغ رشيدًا خرج من حجر أبيه فلا يحتاج لفك إلا إذا كان

---

(1) لا يحتاج ذو الأب إلى فك من أبيه عند المالكية بخلاف ذي الوصي والمقدم فيحتاج إليه . ولا يحتاج الفكُّ منهما إلى إذن القاضي . وصورة الفك أن يقول للعدول : اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان محجوري ، وأطلقت له التصرف وملكت له أمره لما قام عندي من رشده وحفظه لماله . الشرح الكبير 296/3 .

أبوه قد حجر عليه قبل الرشد وبعد البلوغ وأشهد على ذلك ، وحينئذ لا يخرج من الحجر إلا بالفك من الأب .

ثانيًا – من ليس له أب وله وصي أو مقدم (وصي القاضي) : لا ينفك الحجر عنه إلا بفك الوصي أو المقدم ، والذي يملك الآن فك الوصاية في هذه الحالة هو (المجلس الحسابي) بإقرار الوصي أو المقدم .

ثالثًا – من لا حجر عليه ولو كان سنه أقل من 21 سنة : يتصرف في أمواله كما يشاء ما دام بالغًا عاقلًا رشيدًا . ولا يمنع من تصرف شرعي إطلاقًا [1] .

ومن خرج عن الحجر وهو ابن أقل من 21 سنة يتصرف في ماله بسائر التصرفات الشرعية .

رابعًا – يفك الحجر عن الأنثى القاصر متى بلغت رشيدة حافظة لأموالها ، ومتى دخل بها الزوج وشهد العدول على صلاح حالها [2] .

ويصح فك الوصاية عن القاصر متى بلغ رشيدًا ولو قبل 18 ثمانية عشر عامًا .

نتائج فك الوصاية : بفك الوصاية عن القاصر أصبح حرًا يذهب كما يشاء ، إلا إذا خيف عليه الهلاك أو الفساد ، إلا الأنثى فتضم للعصبة لحفظها حتى تتزوج ، فلا حق لأحد عليه من حفظ وتأديب وتعليم إلخ . ولا يستثنى من الأفعال شيء بالنسبة له ، فهو حر في جميع ما يفعل ما دام موافقًا للشرع . تستثنى البكر ومن في حكمها في الزواج (يراجع الرضا في الزواج) .

وتسليم أملاك القاصر إليه بما لها وما عليها متى فكت عنه الوصاية وهو عاقل رشيد ولا يخلف نظام الوصاية أي نظام آخر كاستشارة أو غيرها .

---

(1) والصبي محجور عليه عند المالكية إلى حين بلوغه رشيدًا فإن بلغ سفيهًا حجر عليه للسفه في الولد ذي الأب ولا يحتاج لفك حجره وإلى فك الوصي والمقدم عليه من القاضي . والحاصل أن الصبي إذا رشد بحفظ ماله لا يحتاج إلى فك الحجر عنه من أبيه ، بخلاف المقدم والوصي ، فيحتاج أن يقول للعدول اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان . الشرح الصغير ج 3 ص 151 وبداية المجتهد ج 2 ص 292 .

(2) أما الأنثى المحجورة فلا يكفي بلوغها لرفع الحجر عنها ، وإنما يلزم فوق ذلك دخول زوج بها ، وشهادة اثنين فأكثر من العدول على صلاح حالها وحسن تصرفها ، فإن لم يدخل فهي على الحجر ، حتى لو شهدا برشدها . ومجرد الدخول كاف في ذات الأب . الشرح الكبير 298/3 .

بند [280] نظام وكيل القاصر

المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة

القانون الفرنسي : الذي له حق الوكالة أو الاستشارة شخصان فقط ، أي شخص يعينه مجلس العائلة . وليس للأب أو الأم تعيين وكيل للقاصر ولا لأصوله بل لمجلس العائلة تعيين شخص مستشار ، وللزوج الحق في أن يكون مستشارًا لزوجته المرفوع عنها الوصاية [1] .

عمل مستشار القاصر المرفوع عنه الوصاية : ليس له سلطان على شخص القاصر ولا على أملاكه في أي ناحية من نواحي الإدارة ولا يمثله فالقاصر وحده هو الذي يتصرف في جميع أعماله المدنية ؛ فلا رهن قانوني على عقار المستشار كالوصي ، ولا ضمان عليه إلا في حالة الغش أو الخطأ الفاحش .

مدى أهلية القاصر المرفوعة عنه الوصاية :

أولًا – أعمال يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية أن يعملها وحده ، وهي الأعمال الإدارية لجميع أملاكه ، ويدخل فيها :

1 – إعطاء عقد إيجار لعقار لا يزيد على 9 سنين .

2 – أخذ عقار بعقد إيجار .

3 – تسلم إيراده وإعطاء مخالصات عنه والتصرف فيه بحرية تامة .

4 – بيع محصوله الزراعي ، والتصرف في إنتاجه من عمله .

5 – رفع الدعاوى المتعلقة بالمنقول ، والدفاع عن نفسه فيها .

6 – عمل كل ما فيه التحفظ والمحافظة على أملاكه قانونًا .

ثانيًا – أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بحضور مستشاره :

1 – تسلم حسابه من الوصي .

2 – رفع الدعاوى العقارية أو الدفاع فيها .

3 – تسلم رأس مال منقول وإعطاء مخالصة عنه واستغلاله .

---

(1) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الباب الثالث ، من الكتاب العاشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 108 : 110 .

4 – رفع دعوى قسمة أو الدفاع فيها . 5 – قبول هبة بين الأحياء أو وصية .

6 – بيع منقولاته الجسمانية [1] .

ثالثًا – أعمال لا يصح للقاصر المرفوع عنه الوصاية عملها إلا بإذنٍ ، كالموصى عليه : وهو كل عمل لا يدخل في إدارة أملاكه ولم يذكر في القسم الثاني من هذا الفصل ؛ فيجب عليه الحصول على إذن مجلس العائلة ، أو مع تصديق المحكمة ، وذلك :

1 – قبول ميراث أو رفضه ، فلا بد من إذن مجلس العائلة .

2 – بيع العقار أو رهنه أو عقد قرض ، فيجب إذن مجلس العائلة وتصديق المحكمة .

3 – الصلح كبيع العقار ، بزيادة أخذ رأي ثلاثة من رجال القانون .

ولا يجوز لمن رفعت عنه الوصاية الهبة بين أحياء والرضاء بالتحكيم .

أخيرًا يطبق قانون 27 فبراير سنة 1881 فيما يختص ببيع الأسهم المالية على القاصر الذي فكت عنه الوصاية ، إلا من فكت عنه الوصاية بسبب الزواج وإلا من فك عنه أبوه أو أمه الوصاية .

بند [281] التشريع الإسلامي

ليس لمن فكت عنه الوصاية وكيل أو مستشار ؛ فإن من خرج عن الحجر وهو ابن أقل من إحدى وعشرين سنة يتصرف في أمواله بسائر التصرفات الشرعية . والقاعدة التشريعية أنه إما أن يكون الشخص أهلًا للتصرف شرعًا ، أو لا أهلية عنده للتصرف [2] ، وليس هناك من وسط . غير أن التشريع الإسلامي كان حكيمًا فلم يرد أن يدفع الولي أو الوصي أموال القاصر إليه دفعة واحدة متى بلغ رشده ، بل أوجب اختبار القاصر مدة قصره ، ليتبين لوصيه أو وليه إن كان رشيدًا في تصرفه ، فيؤمن على ماله أم لا ، فقال : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ أي اختبروهم ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾ يعني البلوغ الشرعي ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ فإن علمتم فيهم تبصرًا وعقلًا وتصرفًا حكيمًا ﴿ فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [3] سلموهم أموالهم ليتصرفوا فيها كما يشاءون بعد البلوغ رُشدًا . فالاختبار

---

(1) يقصد المادية من الأعيان .

(2) قاعدة : الشخص إما أن يكون أهلا للتصرف شرعًا أو لا أهلية عنده للتصرف .

(3) سورة النساء الآية رقم 6 .

للقصر يكون قبل بلوغ سن الرشد أو البلوغ الشرعي ، فيعمل من رفعت عنه الوصاية رشيدًا كما يشاء ؛ فإن فسد المحجور بعد فك الوصاية عنه ، وتصرف تصرفًا سيئًا أضرّ بماله جدد القاضي الحجر عليه ، وعزل الوصي ، وأقام له مقدمًا (قيمًا) . فلمن فكت وصايته تسلُّمُ حسابه من الوصي ، ورفع الدعاوى العقارية على اختلافها والدفاع فيها ، وتسلم رءوس المال ، وإعطاء مخالصة عنه واستغلاله ، ورفع دعوى قسمة وقبول الهبة والوصية ، وبيع المنقول والعقار ، وقبول الميراث ، وعقد قرض ، والمصالحة وقبول التحكيم . كل هذا يعمله منفردًا بدون إذن من أحد ، أو مساعدة أحد [1] .

بند [282] حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية

القانون الفرنسي : أولًا الأعمال التي يجوز له عملها فقط متى تمت تقع صحيحة كأنها من رشيد ، إلا إذا التزم بموجب عقد كالشراء ونحوه ، فيجوز للقاصر نفسه فقط الحصول ، على تخفيض ما التزم به متى ثبت أنه زاد عن حده ، وللمحكمة كاملُ الحق في بحث سوء النية أو حسنها فيمن تعاقد معه ، وحالة مالية القاصر ووجود فائدة أو عدم وجودها في التخفيض [2] .

ثانيًا – الأعمال التي لا يجوز له عملها إلا بحضور مستشاره ، متى عملها منفردًا يصح إلغاؤها بطلب القاصر من المحكمة ، وعليه إثبات أنها سببت له غبنًا فاحشًا .

ثالثًا – الأعمال التي لا يجوز له عملها إلا بإذن مجلس العائلة مع أو بدون تصديق المحكمة عليها ، متى عملها منفردًا يصح إلغاؤها لنقص في تطبيق القانون لا بالغبن الفاحش .

أهلية خاصة لقاصر رفعت عنه الوصاية وهو تاجر : لأجل أن يكون القاصر تاجرا عليه استكمال ما هو مطلوب قانونًا (المادة الثانية ، قانون تجاري) ويكون بعد ذلك متمتعًا بالرشد التام ليعمل كل ما هو مطلوب ولازم لأعمال التجارة حتى رهن العقار لحاجات التجارة ، لكن لا يجوز له بيع عقاره إلا بملاحظة قواعد القانون المدني (المادة السادسة ، قانون تجاري والمادة 487 قانون مدني) .

---

(1) يقول الدردير : « والصبي محجور عليه لمن ذكر لبلوغه رشيدًا » الشرح الصغير ج 3 ص 151 بداية المجتهد ج 2 ص 293 .

(2) انظر : البنود من 476 إلى 487 في الكتاب الثالث من الكتاب العاشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 108 : 110 .

الأسباب المنهية لفك الوصاية : السبب العادي لإلغاء فك الوصاية هو بلوغ القاصر سن الرشد ، ولكن يجوز إلغاء فك الوصاية وذلك في فك الوصاية الصريح فقط ، وأما فك الوصاية الضمني فهو غير قابل للإلغاء .

وسبب إلغاء فك الوصاية واحد فقط وهو التخفيض بقرار يصدر من المحكمة في عقد التزم فيه القاصر بما زاد عن حد المتعارف ، وليس سوء سيرة القاصر سببًا في إلغاء فك الوصاية ، والطريق التي اتبعت في فك الوصاية من أب أو أم تتبع في إلغاء فك الوصاية ، فيعلن أمام قاضي الصلح من فك الوصاية أنه سحبها وأعاد القاصر كما كان .

ونتيجة ذلك إعادة الشخص إلى ما كان عليه قبل فك الوصاية فإن كان أبواه موجودين عاد إلى السلطة الأبوية ، فإن كان أحدهما قد مات عاد للسلطة الأبوية مع الوصاية ، فإن مات أبواه عاد للوصاية فقط .

بند [283] التشريع الإسلامي

كل تصرف يصدر عن القاصر الذي فكت عنه الوصاية أو رفعت عنه الولاية فهو صحيح [1] ، وأما الصبي المأذون له في التجارة فتصرفاته نافذة في مصلحة

---

(1) تناولت المادة 97 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية صحة تصرفات الصبي المميز البالغ من العمر ثمانية عشر عامًا ، والمأذون له في تسلم أمواله لإدارتها . وكان القانون المدني المصرى الجديد (مادة 112) يخول القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة الحق في تسلم أمواله وإدارتها بحكم القانون دون حاجة إلى إذن ما لم يمنع من التصرف . ثم جاء قانون المحاكم الحسبية الصادر سنة 1947 ومن بعده قانون الولاية على المال الصادر في سنة 1952 فاشترط كلاهما الإذن .

وتقابل المادة 98 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارًا من ماله ويأذن له في التجارة تجربةً . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .

وكذلك المادة 101 فقرة أولى من التقنين العراقي التي تقول : للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك .

كما تقابل المادة 119 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له . ويكون الإذن مطلقًا أو مقيدًا » .

وكذلك المادة 123 فقرة أولى من التقنين الأردني التي تنص على أن : « للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك » .

انظر المادة 968 من المجلة وما يليها . وتطابق في حكمها المادة 88 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 97) .

التجارة إلا إذا حجر عليه من له الولاية أو الوصاية عليه فيمنع من التصرف [1] ويعود قاصرًا غير مأذون له [2] .

وأما الصبي الذي في حالة الاختبار ، ولم تفك عنه الوصاية فتصرفاته خاضعة للوصي أو الولي فإن رأى خيرًا أجازه وضرًّا منعه ، وللوصي أو الولي تقدير حال القاصر مدة الاختبار فإن كان القاصر سيئ التقدير أو مبذرًا متلافًا لماله يخشى على ماله منه حجر عليه أبوه قبل الرشد وبعد البلوغ ، وأشهد على ذلك ، وحينئذ يعود كما كان ولا يخرج من الحجر إلا بفك الوصاية بعد حسن حاله [3] .

---

(1) يتفق هذا ما جاء في المادة 100 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :
1 – يسري على تصرف السفيه وذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام .
2 – أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو موقوفا إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .
فبعد تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه أو ذي الغفلة الدائر بين النفع والضرر موقوفًا على إجازة القيم في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو إجازة المحكمة أو إجازته هو بعد رفع الحجر .
أما قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون هذا التصرف موقوفا إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .
والمادة تقابل المادة 110 مدني مصري ، والمادة 129 من التقنين الأردني ونصها :
1 – يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ، ولكن وليّ السفيه المحكمَةُ أو من تعينه للوصاية عليه ، وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه .
2 – أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة ؛ إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ .
وتقابل المادة 101 من التقنين الكويتي ، والمادة 990 من المجلة التي تقول : « السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ، لكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأ وصيائه عليه حق ولاية .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 100 .
(2) وتصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق السفه قبل الحجر عليه محمول على الإجازة فلا يرد . قوله إلا إذا أذن له سيده في التصرف في يومه فإن تصرفه يكون ماضيا . والمأذون له في التجارة لا حجر عليه ، سواء كان الإذن في كل نوع أو في نوع واحد . وحكمه إذا أذن له في التجارة أنه كوكيل مفوض . حاشية الدسوقي والشرح الكبير 297/3 .
(3) تناولت المادة 96 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية حكم تصرفات الصبي المميز ونصها :
1 – إذا كان الصبي مميزًا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا .
2 – أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . فتكون موقوفة لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة =

ولا يجوز الرجوع في فك الوصاية الصريح أو الضمني إلا إذا حدث ما يوجب الحجر من أسباب طارئة تستوجب ذلك فينتقل القاصر من حالة القصر والوصاية إلى حالة السفه والتبذير والقوامة ، فللوالد الحجر على ولده لحفظ ماله ، ويشهد على ذلك ، فمن باعه أو ابتاع منه فهو مردود ، وهذا يختص به القضاء لاحتياجه إلى نظر واجتهاد . والسبب في منع الصغير من مباشرة أعماله مدة الاختبار قبل فك الوصاية هو سوء تقديره وعدم تبصره في مصلحته وإدارة أمواله . وسوء سيرة القاصر الشخصية التي تقتضي إسرافًا وتبذيرًا تكون سببًا في كف يده عن التصرف أيضًا . ومتى منع القاصر من التصرف فهو تحت الوصاية وعمله مردود ، ومنظور له دائمًا بعدم تحري المصلحة . فإن بلغ رشيدًا محسنًا التصرف فكّت وصايته ، وإلا طبقت عليه أحكام السفيه أو المبذر أو المجنون إلخ فينقلب محجورًا عليه ذا ولي (قيم) [1] .

نتيجة المقارنات من بند 253 إلى نهاية بند 283

يتفق التشريعان فيما يأتي : حماية عديم الأهلية – أسباب عدم الأهلية (في الغالب) – الوصاية على القاصر الذي لم تفك عنه الوصاية – نظام الوصاية – وصاية أحد الأبوين الباقي بعد الآخر (في الجملة) – الوصي المختار – الوصاية للأصول (في الجملة) – الوصي المعين – المشرف (في الجملة) – مجلس العائلة (في الجملة) – الإعفاء من الوصاية – أسباب عدم الأهلية للوصاية – أسباب الاستبعاد أو الإقالة من الوصاية – وظائف الوصي – مدى سلطة الوصي (في الجملة) واجبات الوصي (عند دخول الوصاية – مدة وصايته (في الجملة) – في

= بحسب الأحوال وفقًا للقانون .

وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية . وهو ما جاء في المادة 97 فقرة أولى من التقنين العراقي ، والمادة 118 فقرة أولى وثانية من التقنين الأردني . والمادة 967 من المجلة العدلية ، والمادتين 270 و 271 من مرشد الحيران . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 96 .

(1) يقول ابن عبد البر : « ومن أراد الحجر على ولده البالغ فليأت به الحاكم حتى يشهده عنده على حاله ويمنع الناس من مداينته ومعاملته » الكافي لابن عبد البر ص 423 والشرح الصغير ج 3 ص 152 وما بعدها وبداية المجتهد ج 2 ص 417 وما بعدها .

نهاية الوصاية) - فك الوصاية (في الجملة) . ويختلفان فيما يأتي .

الوصاية القانونية - حماية القاصر الذي بلغ رشده - نتائج فك الوصاية - مستشار التركة .

بند [284] الحجر القضائي

القانون الفرنسي : الشخص الذي يصاب بخلل عقلي يمكن وضعه قانونًا في أحد الأقسام الآتية :

1 - يمكن أن يكون محجورًا عليه قضائيًا .

2 - يمكن أن يكون موجودًا في مصحة المجانيين .

3 - يمكن ألا يكون محجورًا عليه قضائيًا ولا موجودًا في مصحة المجانين .

والحجر القضائي هو حالة يوضع فيها الشخص لحمايته بوضعه في الوصاية ، وذلك لكل شخص عنده ، بله في عقله أو جنون أو هياج .

أسباب الحجر القضائي : سبب الحجر القضائي يرجع إلى حالة البَلَه أو الجنون أو الهياج . وللتغيير العقلي ثلاثة أشكال وهي :

أولًا - البَلَهُ ، وهو يفرض وقوف انتشار القوة العاقلة التي تبقى بلا حركة .

ثانيًا - الجنون ، وهو ضعف القوى العاقلة والذي ينتج عنه بلبلة الأفكار .

ثالثًا - الهياج ، وهو خلل في مجموع الأعضاء الذي ينتج عنه أعمال القوة والقهر الخطرة بالنسبة للمجنون ولمن حوله .

والحجر القانوني يكون للذكور والإناث والرشد ومن فكت عنهم الوصاية والقصر متى وجد سببه وحكمت به المحكمة .

طريقة الحجر القانوني ، ومن له طلب الحجر .

القانون منح ثلاثة أشخاص حق طلب الحجر القضائي وهم :

1 - أحد الزوجين بالنسبة للآخر لوجود المصلحة الأدبية والمادية .

2 - كل الأقارب من غير تفريق بين أقارب شرعيين أو طبيعيين أو متبنيين أو بعيدين أو قريبين .

3 - النائب العام في حالة الهيجان وجوبًا ، حتى ولو كان له زوج أو أقارب ، واختياريًّا في الحالتين الأخريين ومساعدًا ، وليس ممكنًا إلا إذا لم يكن للمجنون لا زوج ولا أقارب [1] .

بند [285] القانون الروماني

المجنون نوعان :مجنون يفيق أحيانًا ، ومجنون مطبق أو أبله ، ففي روما كان المجنون المتقطع جنونه هو الذي يعين له قيم شرعي لمصلحته لا لمصلحة العائلة . ثم تدرج التشريع وعين القيم للنوعين ، وكان تعيين القيم شرعيًّا أو بالوصية أو بالقاضي .

وعدم أهلية الأبله يكون في أي عمل قانوني يعمله ، وعدم أهلية المتقطع جنونه كان وقت جنونه وفي صحوته كان كامل الأهلية في كل شيء [2] .

بند [286] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي : الحجر لا يوصف بأنه قانوني ولا قضائي ، اللّهم إلا بنسبته لمصدره ، فإن تمشينا على هذا المبدأ وجدنا حقيقة حجرًا قضائيًّا أي يصدر عن حكم ، وحجرا قانونيًّا أي بنص القانون ، فالأول كالحكم بالحجر على المجنون والسفيه والمبذر . والثاني كاعتبار المدين المفلس محجورا عليه في تصرفه لسداد دين الغرماء أو اعتبار المريض مرضًا مميتًا محجورًا عليه فيما زاد على الثلث واعتبار المرأة المتزوجة محجورًا عليها في تبرعها فيما زاد على الثلث (عند مالك) [3] .

فالمجنون أيا كان نوع جنونه (بله أو جنون أو هياج) يحجر عليه .

فالحجر إذًا هو وصف يلحق الشخص الذي اعتراه أسباب خاصة كجنون وسفه وتبذير إلخ فيسلب عن الشخص المتصف به أهلية التصرف الكاملة ، ولا بد من حكم حاكم ليتحقق الأسباب القاضية بالحجر ؛ لأنه يخرج الإنسان من دائرة

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 512 في الباب الثاني من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

(2) انظر : الباب الثالث والعشرون ، من الكتاب الأول من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 45 - 46 .

(3) راجع حق الزوج في الحجر على الزوجة في التصرف بالتبرع فيما زاد على الثلث من أموالها في الشرح الصغير جـ 3 ص 151 .

التكليف بماله وما عليه ، ويلحقه بالقاصر المحجور عليه المسلوب أهلية التصرف .

وسبب الحجر القضائي : جنون وتبذير للمال أيا كان نوع الجنون ، والحجر القانوني يكون للذكور والإناث والرشد ومن فكت عنهم الوصاية ، والقصر ، ولو لم يوجد غير السن فإن القاصر محجور عليه أي ممنوع من التصرف وخاضع لوليه أو وصيه في نفسه وماله .

والذي له الحق في الحجر على المجنون أبوه أو وصيه إن كان جن قبل البلوغ ، وإلا فالحاكم إن وجد وانتظم ، وإلا فجماعة المسلمين ، وأحد الزوجين على الآخر . وهذا حق عام يجب على المسلمين القيام به ، فإن قام بعضهم به سقط عن الباقين ، وهذا معنى (وإلا فجماعة المسلمين) ، وليس في ذلك ترتيب بل يصح أن يطلب الحجر أحد الناس مع وجود قريب للمجنون مثلًا [1] ولكنه لم يتقدم بالطلب [2] .

بند [287] سير القضية

القانون الفرنسي : المحكمة المدنية التابع لها محل إقامة المطلوب الحجر عليه هي المختصة ، فيرفع الطلب لرئيس المحكمة مبينًا فيه سبب طلب الحجر والأدلة التي

---

(1) يتفق الحكم بالحجر على هؤلاء الأشخاص في الفقه المالكي مع ما جاء في المادة 98 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « تحجر المحكمة على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون . وتقابل المادة 94 من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 95 من هذا التقنين التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » . وتقابل المادة 127 من التقنين الأردني التي تقول :

1 - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .

2 - أما السفيه وذي الغفلة فتحجر عليهما المحكمة ، وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون .

3 - يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة . وتقابل المادة 957 من المجلة العدلية التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 958 من المجلة العدلية التي تقول : « للحاكم أن يحجر على السفيه » . وتقابل المادة 85 من التقنين الكويتي . (انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 98 .

(2) نص فقهاء المالكية على أحكام الحجر على المجنون ، انظر : الشرح الكبير 292/3 .

يرتكز عليها ، فيبلغ الطلب إلى النيابة العمومية ، ثم يُعَيَّنُ قاض من المحكمة لبحث الموضوع وتقديم تقرير في يوم محدد [1] ، وبعد سماع التقرير ورأي النيابة تدعو المحكمة مجلس العائلة ليعطي رأيه عن حالة الشخص موضوع الدعوى ومن طلب الحجر لا يكون عضوًا في مجلس العائلة إلا إذا كان زوجًا أو ابنًا لمطلوب الحجر عليه ، ثم تسمع المحكمة دفاع المدعى عليه بحضور ممثل النيابة ، فإذا لم تقتنع المحكمة بما تقدم لها من مستندات ومن مناقشة المدعى عليه ومن رأي مجلس العائلة يمكنها أن تركن إلى ما تراه موصلًا للحقيقة من عمل تحقيق وتعيين طبيب شرعي . وبعد هذا كله تنظر المحكمة في الدعوى وتسمع المرافعات وتصدر حكمها في جلسة علنية ، وللمحكمة ثلاثة أحوال :

1 – رفض طلب الحجر فقط من غير تقرير شيء آخر .

2 – توقيع الحجر .

3 – تقرير اتخاذ بعض احتياطات بتعيين مجلس قضائي للمدعى عليه .

إعلان حكم الحجر : من مصلحة غير المتداعين إعلان حكم الحجر ، فراعى القانون ذلك وجوبًا كالآتي :

أولًا – في عشرة أيام يجب أن يكون حكم الحجر قد كتب وسجل وأعلن في محل الإعلانات بصالة المحكمة وفي مكاتب مسجلي العقود في دائرة المحكمة .

ثانيًا – في مدى شهر يستخرج ملخص حكم الحجر بمعرفة محضر الدعاوى الوكيل عن طالب الحجر ، ويسلم إلى قلم كتاب محل منشأ المحجور عليه لتسجيله في سجل خاص تعطى منه صورة لكل من يطلبها (ويعتبر هذا سجل سوابق مدنيا) .

نتائج الحجر القضائي : ينتج عن الحجر القضائي شيئان :

1 – وضع المحجور عليه تحت الوصاية .

2 – جعل المحجور عليه ليس أهلًا لممارسة حقوقه . وصاية المحجور عليه قضائيًا ومسئولية وصيه هي عين وصاية القاصر التي لم تفك وصايته ، فتسري عليه

---

(1) انظر : البنود 489 إلى 515 ، في البابين الثاني والثالث من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

أحكامه ، غير أن وصاية المحجور عليه لها بعض أحكام خاصة وهي :

أولًا – في تعيين الوصي : لا يوجد وصي مختار للأب ولا للأم ولا وصي وصيه ، ولكن الوصي يعينه مجلس العائلة أصالة إلا الزوج ، فهو وصي على زوجته قانونًا ، وأما الزوجة فتصلح أن تكون وصيًا بشرط أن يعينها مجلس العائلة ، ويعين لها شكل وشروط الإدارة .

ثانيًا – مدة أعمال الوصي : وصي المحجور عليه غير أحد الزوجين والأصول والفروع له الحق في طلب إخلاء طرفه من الوصاية في نهاية عشر سنين ، لعدم معرفة مدة الوصاية في الحجر القضائي ، فأعطى القانون للوصي هذا الحق . وأما في وصاية القاصر فمعروف أمدها ببلوغ القاصر سن الرشد .

ثالثًا – استثمار أموال المحجور عليه : أموال القاصر تستثمر ، ويكون له منها رأس مال . وأما أموال المحجور عليه فتصرف على تحسين صحته وتخفيف وطأة مرضه ، فيقر مجلس العائلة الصفة التي بها يعالج ، بوضعه في مصحة أو معالجته في منزله ، أو كما يرى .

رابعًا – الاحتياطات الخاصة بأولاد المحجور عليه : إذا كان للمحجور عليه أولاد غير متزوجين فمجلس العائلة يحدد المهر الذي يعطى لهم ، وذلك بالطبع بعد الإنفاق عليهم حسب القانون .

بند [288] التشريع الإسلامي

الحجر يختص به القضاء فلا يصدر حجر قضائي بدون حكم ، وأما الحجر للصغر فمفروض قانونًا فهو حجر قانوني بدون حكم ، فيجب أن يتقدم طالب الحجر لمن له أن يحكم بذلك بطلب الحجر ويقدم عليه أدلته ، وللقاضي تقدير الأدلة والاستعانة بأهل خبرة وسؤال الأهل والجيرة والتقصي عن حقيقة الدعوى وأدلتها والحكم فيها بما يراه (والحكم بالحجر الآن في الديار المصرية للمجلس الحسابي وهو مؤلف من : قاض أهلي مدني ، وقاض شرعي ، وعضو من الأعيان ، وكاتب المجلس) .

وللمجلس رفض الدعوى إذا لم يقم عليها دليل مقنع أو مثبت ، وقد تكون دعوى كيدية ، وعليه الحكم بالحجر متى ثبت ذلك بالدليل القاطع .

والإشهاد على الحجر من الأب مثلًا والنطق بالحكم علنًا وتعيين قيم يجعل الحجر معلومًا للكافة وكل هذه طرق للاحتياط والنظام فلا تتنافى مع القواعد الشرعية من وجوب تنظيم الحياة بما يحفظ للناس حقوقهم .

وينتج عن الحجر القضائي والقانوني بالنسبة للصغير وضع المحجور عليه تحت القوامة وسلب أهلية التصرف في حقوقه عنه ، والقوامة على المحجور عليه ومسئولية القيم عليه هي عين وصاية القاصر الذي لا زال تحت الوصاية فتسري عليه أحكامه . والقيم على المجنون هو :

أولًا – الحجر والقوامة أو الوصاية على المجنون لأبيه أو وصيه إن كان وجن قبل البلوغ فيصح وجود الوصي المختار .

ثانيًا – عند عدم الأب أو وصيه وجن قبل البلوغ ، فالحجر وتعيين الوصي أو القيم للحاكم .

ثالثًا – المجنون بعد البلوغ أمره للحاكم في الحكم بالحجر وتعيين الوصي أو القيم ، ولو مع وجود الأب [1] . وقد يكون وصيًا أو قيمًا متى رأى الحاكم مصلحة المجنون في ذلك ، كما يجوز تعيين الزوج أو الزوجة قيمًا أو وصيًا على الزوج الآخر المجنون متى كان في ذلك مصلحة أيضًا من غير شرط ولا قيد سوى إمكان إدارة أموال المحجور عليه والمحافظة عليها وعدم تبديدها إلخ .

ويجوز للوصي أو الولي طلب الخروج عن عهدة القوامة أو الوصاية متى دعته ضرورة لذلك إلا إذا تعينت فيجب عليه عدم التخلي عنها .

أموال المجنون ينفق منها على معالجته أولًا ، فإن فضل فلمن تجب عليه نفقتهم من زوجة وصغار حسب ما تقدم في وجوب النفقة ، وليس في التشريع الإسلامي إعطاء مهر للزواج ، فإن كان فضل فهو تبرع من الأب لأولاده ، وإلا فلا وجوب بشيء عليه ، ومعلوم أن البنت لا تدفع مهرًا بل يُدفع لها مهر .

بند [289] عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا

القانون الفرنسي : المحجور عليه ليس أهلًا لإتمام أي عمل يتعلق بأمواله كالقاصر

---

(1) قاعدة : المجنون بعد البلوغ أمره للحاكم في الحكم بالحجر وتعيين الوصي أو القيم ولو مع وجود الأب .

غير مرفوع الوصاية عنه ، فهو ممنوع من مباشرة حقوقه المدنية ، فلا يحضر في أي عمل بشخصه يكون خاصًا بأملاكه ، وهو ممثل دائمًا بوصيه الذي يعمل في مكانه [1] .

حكم ما يعمله المحجور عليه بعد حكم الحجر :

أولًا – الأعمال التي يعملها المحجور عليه بعد الحكم عليه بالحجر تعتبر لاغية إلغاءً خاصًا ، والذي له الحق في طلب إلغائها هو المحجور عليه فقط أو وصيه ، ويجب على المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر بعد تحقق أن الشخص محجور عليه قضائيًا ، ووقت صدور الحكم بالحجر سابق على هذا العمل .

ثانيًا – الأعمال التي يعملها المحجور عليه قبل الحكم عليه بالحجر تكون صحيحة ، إلا إذا كان سبب الحجر موجودًا بحالة ظاهرة ، وكان العمل قد تم في ذلك الوقت فيجوز إلغاء هذه الأعمال .

والمحكمة تبحث موضوع طلب الإلغاء ، وتبحث عن حسن أو سوء نية من تعاقد مع المجنون قبل الحجر عليه ، وهل كان في فترة تعقل وقت العقد ، وهذا الإلغاء خاص للمحجور عليه طلبه فقط .

ثالثًا – هل يجوز للمحجور عليه قضائيًا أن يتزوج وأن يعمل وصيته وأن يعترف بولد طبيعي ؟ المسألة خلافية فقيل : نعم ، وقيل : لا وكلٌّ يؤيد وجهة نظره ، ورجحوا أن له ذلك .

الحجر القضائي ليس نفسه سببًا في إعفاء المحجور عليه من مسئوليته الجنائية أو المدنية ، فالسبب الوحيد لإعفائه هو الجنون وقت العمل فقط .

بند [290] التشريع الإسلامي

المحجور عليه ليس أهلًا للتصرف في أمواله كالقاصر ، فوصيه هو المتصرف وحده ؛ فالمجنون بصرع أو استيلاء وسواس مطبقًا أو متقطعًا محجور عليه من حين جنونه للإفاقة من جنونه بالغًا رشيدًا ، وأما المجنون بالطبع فلا نهاية لحجره بالإفاقة .

فتصرفات المجنون باطلة قبل الحجر عليه وبعده ، فلوصيه ولورثته بعد وفاته رد

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، عن تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

تصرفه ، ولمن عاقده القيام على وليه أو وارثه برد ما تعاقد عليه .

فالمجنون ليس أهلًا للتقاضي ما دام كذلك ، فإن أفاق من جنونه بالغًا رشيدًا فله الرجوع في تصرفه لأنه وقع باطلًا أثناء جنونه . وعلى المحكمة الحكم بالبطلان متى ثبت تصرفه وقت جنونه .

وأما تصرف السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق سفهه قبل الحجر عليه فمحمول على الإجازة فلا يرد عند مالك ورده ابن القاسم [1] (من أصحاب مالك ومجتهدي مذهبه) .

وأما الصبي والأنثى فتصرفهما مردود اتفاقًا إن كان بغير معاوضة ، وإلا فللولي النظر للمصلحة . وأما مجهول السفه حال التصرف فتصرفه ماض [2] .

تزوّج السفيه المحجور عليه والقاصر المميز موقوف على إجازة الوصي . وزواج المجنون باطل لعدم الإرادة والاختيار ، وهو شرط في كل العقود لصحتها ، وهي موجودة في السفيه والقاصر ، ولكنها غير كاملة ولذلك احتيج لإذن الوصي وإجازته متى رأى المصلحة في ذلك .

وليس للمجنون استلحاق ولد مجهول النسب به ، ولكن للمحجور عليه لسفه استلحاق الولد بشروط الاستلحاق ، وليس للوصي منعه من ذلك ، وليس للمجنون عمل وصية لفقد اختياره وإرادته . وتصح وصية السفيه المحجور عليه -

---

(1) ابن القاسم : هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري المكنى بأبي عبد الله . روى عن مالك وعبد الرحمن بن شريح ؛ وعنه أخذ أصبغ ، والحارث بن مسكين ، وسحنون ، وابن عبد الحكم وغيرهم ، وهو أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله ، صحبه عشرين سنة . مات بمصر سنة 191 هـ . تذكرة الحفاظ 356/1 سير أعلام النبلاء 72/8 .

(2) يتفق الحكم المقرر في الفقه الإسلامي بالنسبة للحجر على المعتوه والصغير مع ما جاء في المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . وتقابل المادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل » . وتقابل المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 - المعتوه في حكم الصغير المميز .

2 - المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل .

وتقابل المادة 978 و 980 من المجلة العدلية التي تطابق نصوص التقنينين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة 269 من مرشد الحيران . وتقابل المواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي . انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 99 .

وأما التبني فغير جائز في التشريع الإسلامي .

بند [291] الفرق بين المحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا

القانون الفرنسي : الحجر القضائي هو تدبير احتياطي لحماية شخص أصيب في قواه العقلية نظمه القانون لمنفعة هذا الشخص . والحجر القانوني عقاب تابع نتج بقوة القانون من عقاب جنائي بدني نافذ مخل بالشرف ، وذلك لمنعه من التصرف في أملاكه مدة تنفيذ العقوبة (الحكم عليه) فينتج من هذا أن تصرف المحجور عليه قضائيًا خاضع للإلغاء الخاص يمكن أن يسقط بمضي المدة ، وهو حق للمحجور عليه فقط بخلاف تصرف المحجور عليه قانونًا فهو خاضع للإلغاء المطلق ، فيصح لأي شخص طلب إلغائه بقوة القانون [1] .

نهاية الحجر القضائي ينتهي الحجر القضائي لسببين :

1 - موت المحجور عليه ، فعلى الوصي تقديم الحساب النهائي إلى الورثة إذا كانوا غيره .

2 - يرفع الحجر عن المحجور عليه بحكم يصدر من المحكمة المدنية ، متى زالت الأسباب التي أدت إلى الحجر . وطريق السير في رفع الحجر مثل السير في الحجر . ونتيجة الحكم برفع الحجر هي وضع حد للوصاية في المستقبل وزوال عدم أهلية المرفوع عنه الحجر .

الإدخال في مصحة المجانين :

مضمون قانون 1878/6/30 :

يحتوي القانون على ثلاثة مقاصد أصلية :

أولًا - حماية الهيئة الاجتماعية من تعدي المجانين .

ثانيًا - المحافظة على حرية الشخص المجنون نفسه من التعرض لخطر الحبس الاستبدادي .

ثالثا - الحصول على العناية بأشخاصهم والمحافظة على أملاكهم . وإن شرح كيفية إدخال المجانين إلى مصحة الجنون والتكلم على هذا القانون عمل إداري لا فائدة منه في ترجمة القانون المدني العام لذلك ضربت صفحًا عنه .

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

بند [292] التشريع الإسلامي

الحجر القضائي : هو الذي صدر به حكم قضائي بوضع شخص تحت الحجر وعدم نفاذ تصرفاته حماية له ويكون في الجنون والتبذير .

والحجر القانوني هو الذي قرره القانون وافترض وجوده في أشخاص معينين ، وهم : الصبي ، والمفلس ، والرق ، والمرض التزوّج للمرأة ، فالصبي محجور عليه لأبيه أو وصيه أو القاضي ، والمفلس محجور عليه لغرمائه متى حكم عليه بالإفلاس أو توقف عن الدفع أو قام عليه غرماؤه وليس عنده الوفاء ، والرق محجور عليه لسيده ، والمريض مرضًا مميتًا كمريض السل ومن في حكم المريض مرض الموت كحمى شديدة كالتيفوس والتيفود والنخاع والحمى الشوكية إلخ وكل مرض شديد يغلب فيه الموت . ويدخل في حكم المريض مرضًا مخوفًا الحامل بعد ستة أشهر ، والمحبوس لقتل ثبت عليه ببينة أو إقرار ، والمحبوس لقطع عضو خيف الموت منه ، وحاضر في صف القتال ، كل هؤلاء محجور عليهم لورثتهم فيما زاد على الثلث في التبرع كهبة وصدقة ووقف ووصية ، ويحجر على زوجة لزوجها في أزيد من الثلث في التبرع لغير زوجها ، فإن كان تبرعها لزوجها ولو بكل مالها فلا اعتراض لأحد وتصرفها نافذ .

وليس في التشريع الإسلامي عقاب تبعي كالحجر على المحكوم عليه ؛ فالمحكوم عليه بسجن يجوز تصرفه ، ولكنه لا يمكّن منه لحبس حريته عن مقابلة أي شخص أو الاختلاط بأحد حتى ولا بكل المساجين . لهذا جاز له عمل وكيل ، أو تقيم المحكمة قيمًا من قبلها يراعي مصلحته ويحافظ على حقوقه .

وليس تصرف المسجون باطلًا لأنه لا حجر عليه بسبب السجن إلا أن يحجر عليه لسبب الجنون أو التبذير .

وينتهي الحجر على الصبي ببلوغه رشيدًا حافظًا لماله ، وعلى السفيه بزوال سبب الحجر ورشده بالغًا أمينًا على ماله ، وعلى العبد إلى الإذن من السيد أو العتق ، وعلى المريض ومن في حكمه بزوال موجبه ، وعلى الزوجة بطلاقها أو بموت زوجها ، وعلى المجنون بالإفاقة من جنونه بالغًا رشيدًا ، فحجر كل هؤلاء ينتهي

بزوال سببه ، أو بموت المحجور عليه [1] .

ونتيجة رفع الحجر بحكم القاضي أو بغيره هي وضع حد للقوامة أو الوصاية وزوال عدم أهلية المحجور عليه . وأما إدخال المصحة للمجانين فهي طريق للتداوي فتقدم على من عداها في الإنفاق كما سبق الإشارة إلى ذلك .

بند [293] اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائي ولا إدخال في مصحة

القانون الفرنسي : العته المجرد أو الجنون بالفعل بالنظر لذاته ، ينتج عن ثلاث حالات [2] :

أولًا – عدم وجود العمل الذي تم من المجنون قانونًا .

ثانيًا – يمحو المسئولية الجنائية .

ثالثًا – يبعد المسئولية المدنية في الأعمال التي تستحق التعويض .

عدم وجود الأعمال التي يتمها المجنون وقت جنونه :

هذه الأعمال غير موجودة في نظر القانون ؛ فكل شخص له مصلحة يمكنه رفع الأمر للمحكمة لتقرير عدم الوجود ، وهذا العدم القانوني لا يمحى لا بمضي الزمن ولا بإصلاحه ، وذلك لأن المجنون فاقد الإرادة ويشترط في الأعمال القانونية أن يكون الطرفان متمتعين بإرادتهما الكاملة ، ويشترط أن يكون العمل تم وقت الجنون لا قبله ولا بعده .فإذا مات المجنون بعد إتمام عمل تترتب عليه آثاره القانونية فليس طلب إلغائه بدعوى أن مورثهم أتمه وهو مجنون ، ولكن أباح القانون للورثة في حالتين ما يأتي :

أولًا – إذا كان نفس العمل الذي أتمه المورث يحمل الدليل على أنه كان معتوهًا

(1) أخذ الفقهاء المسلمون باستمرار الحجر على المجنون إلى حين إفاقته من جنونه ثم إذ كان صغيرًا أو سفيهًا حجر عليه لأجلهما ، وإلا فلا من غير احتياج إلى فك . ولا ولاية للأم من حيث الحجر وإنما لها الحضانة . والصبي محجور عليه لبلوغه ، فإذا بلغ الذكر رشيدًا ذهب حيث شاء . 3/292/293 .

(2) انظر : البنود من 489 إلى 515 ، في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

لوجود شروط أو تعهدات لا تصدر عن عاقل فيجوز للورثة طلب إلغاء هذا العمل .

ثانيًا – إذا كان العمل المطلوب إلغاؤه هبة أو وصية فللورثة ذلك متى ادعوا أن المورث كان معتوهًا وقت هذا العمل .

الفرق بين الإلغاء للجنون والإلغاء للحجر القضائي :

أولًا : إن الإلغاء للجنون سببه انعدام الإرادة ، والإلغاء للحجر سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر .

ثانيًا – إن الإلغاء للجنون يفرض إتمام العمل وقت الجنون ، والإلغاء للحجر يفرض وقوع العمل بعد الحكم بالحجر القضائي فقط .

ثالثًا – إن إلغاء العمل للجنون هو عدم العمل قانونًا ؛ فيجوز لكل شخص له مصلحة طلب الإلغاء ، ولا يصحح العمل بمضي المدة ولا بإصلاحه ، والإلغاء للحجر القضائي إلغاء خاص فليس لأحد سوى المحجور عليه طلب إلغاء ما عمل ويسقط إلغاؤه بمضي المدة أو بتصحيح ما عمل .

رابعًا – قضية الإلغاء للجنون لا تنتقل أصالة إلى الورثة في غير الأحوال المستثناة بخلاف قضية الإلغاء للحجر القضائي فينتقل الحق إلى الورثة في جميع الأحوال .

بند [294] التشريع الإسلامي

تصرفات المجنون باطلة قبل الحجر وبعده ، فإن تصرف تصرفًا قوليًا فهو هباء ، وإن فعل فعلًا أو أوجد عملًا قانونيًا فهو باطل بالنسبة لتعهد أو ارتباط بعقود ، فإن كان جناية على النفس أو المال فحكمه كما يأتي ، وذلك :

أولًا – الأعمال التي يتمها حال جنونه غير موجودة قانونًا ، فلا يمحى عدم الوجود لا بمضي زمن ولا بإصلاحه ؛ لأن المجنون فاقد الإرادة ، والشرط صدور العمل وإتمامه وقت الجنون .

فإذا مات المجنون بعد إتمام عمل ترتبت عليه آثاره القانونية فلورثته طلب إلغائه ويحكم بالإلغاء متى أثبتوا أنه كان مجنونًا وقت إتمام العمل ، فهبته ووصيته باطلتان أيضًا .

والإلغاء للجنون سببه فقد الإرادة يعني عدم الأهلية الذاتية ، والإلغاء للحجر

سببه عدم الأهلية الناتج عن حكم الحجر ، والإلغاء للجنون معناه عدم الوجود فيجوز لكل شخص طلب الإلغاء محافظة على أموال المجنون فهو حق عام ، والإلغاء في غير الحجر للجنون لو سكت عليه الوصي أو مضت مدة ولم يطلع عليه أحد حتى فكت الوصاية فللمحجور عليه الذي فكت وصايته إجازته ، وينتقل حق طلب الإلغاء للجنون للورثة .

فإن كان تصرف المجنون جناية على مال الغير بإتلافه أو على نفس بإزهاقها ؛ فإن كان المال مسلمًا إليه أو مسلطًا عليه من صاحبه فالمال هدر ، وإن كان مسلطًا عليه من غير صاحبه ضمن الذي كان في يده المال ، فإن أتلف المال وكان غير مسلط عليه فالمشهور أنه يضمن في ماله ما أتلفه ، حيث نُصَّ في مذهب الإمام مالك على ما يأتي : (المشهور في المجنون والصبي غير المميز إذا أتلفا مالًا أو نفسًا أنهما يضمنان المال في ذمتهما ، والدية على عاقلتهما (يعني أقاربهما العصبة) إن بلغت الثلث وإلا فعليهما في مالهما (لأن الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز [1]) وخلاف المشهور قولان : لا شيء عليهما مطلقًا كالعجماء ، فعلها هدر . وقيل : لا شيء عليهما في إتلافهما المال ، وأما الدية فعلى العاقلة إن بلغت الثلث .

ونصّ في مذهب الشافعي والإمام أحمد كذلك – يعني لا قصاص عليهما (الصغير والمجنون) لأنهما ليس لهما قصد صحيح ، بل الكفارة في مالهما في الخطأ والدية على عاقلتهما . ويغرم المجنون ما أتلفه من مال الغير .

ونص في مذهب الإمام أحمد على أن من سلط محجورًا عليه على ماله فماله هدر . فإن أتلف الصبي والمجنون والمعتوه والسفيه مال الغير بلا تسلط عليه ضمنوا ، ومن أخذ منهم مالًا ضمنه .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة الصبي والمجنون مؤاخذان بأفعالهما ؛ فإذا جنى على النفس أو المال أدى ضمانها من ماله [2] .

---

(1) قاعدة : الضمان من باب خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف بل ولا التمييز .

(2) جاء في بدائع الصنائع : وأما التصرفات الفعلية وهي الغصوب والإتلافات فهذه العوارض ؛ وهي الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئًا فضمانه في مالهما – بدائع الصنائع 235/7 .

وقالوا : إن المجنون الذي اعتدى على أنثى بالوطء فحملت فلا حد عليه لسقوط التكليف ، ولكن يلحق به هذا الحمل لأنه عمله وهو مؤاخذ بعمله .

فعلم من كل هذا أن المجنون غير مؤاخذ بحد شرعي (عقاب بدني) على جناية وقعت منه على النفس ، لأن القصاص يقتضي العقل والإرادة في الفعل المعاقب عليه [1] ، ولكن الضمان لما أتلف لا يعتمد على العقل إنما يعتمد على الفعل المتلف لمال الغير [2] وقد حصل ، فعليه (الضمان) لما أتلف في ماله وفي ذمته [3] .

بند [295] الاستشارة القضائية

القانون الفرنسي : الاستشارة القضائية هي وضع شخص قريبًا من طبقة خاصة من عديمي الأهلية ، لمعاونتهم في إتمام بعض أعمال محدودة بالقانون .

يستعمل غالبًا لفظة (نصف محجور عليه) للشخص المعين له مستشار قضائي لتمييزه من المحجور عليه قضائيًا .

الأشخاص الذين يمكن تعيين مستشار قضائي لهم صنفان :

أولًا – ضعاف العقول وهم الذين ليسوا مجانين ، ولكن أصابهم ضعف عقلي جعلهم غير أهل لإدارة أموالهم وأعمالهم منفردين (والصمم والسكر المعتاد

---

(1) قاعدة : القصاص يقتضي العقل والإرادة في الفعل المعاقب عليه

(2) قاعدة : الضمان لما أتلف لا يعتمد على العقل إنما يعتمد على الفعل المتلف لمال الغير

(3) يتفق الحكم بذلك مع ما جاء في المادة 99 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، كما يتفق مع المادة 107 من التقنين العراقي التي تقول : « المعتوه هو في حكم الصغير المميز » . وكذلك المادة 108 من هذا التقنين التي تقول : « المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز ، أما المجنون غير المطبق فإن تصرفاته في حالة إفاقته كتصرف العاقل » .

وتقابل المادة 128 من التقنين الأردني التي تقول :

1 – « المعتوه هو في حكم الصغير غير المميز .

2 – المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقته كتصرفات العاقل .

وتقابل المواد 978 و 979 و 980 من المجلة ، وهي تطابق نصوص التقنين العراقي والأردني المذكورة . وتقابل المادة 269 من مرشد الحيران .

وتقابل المواد 88 ، 99 ، 100 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 99 .

والتقدم في السن كثيرًا) غالبًا معدودون من الأسباب الداعية لضعف العقل ولتعيين مستشار قضائي .

ثانيًا – المبذرون ، وتحديد التبذير عسير ، فهو متروك للمحكمة في تقدير مالية الشخص والعمل الذي عمله . وغالبًا المبذر هو كل شخص أَضَرَّ بحالة ماليته ، لخلل في عقله أو لفساد في أخلاقه ، والذي شَرَعَ في إنفاق رأس ماله .

الشرط القانوني في المستشار القضائي :

الشخص المعين له مستشار قضائي يحضر بشخصه في جميع الأعمال القضائية المتعلقة بأمواله فقط يعاونه المستشار القضائي ، وعمل المستشار القضائي كعمل ولي القاصر المرفوع عنه الوصاية في الحضور مع القاصر فقط ولا يمثله ، ولكن في ولي القاصر المرفوع عنه الوصاية يتدخل مجلس العائلة في تعيينه وفي بعض أعماله ، بخلاف ضعاف العقول والمبذرين في مجلس عائلي لهم [1] .

تعيين المستشار :

للمحكمة فقط الحق في تعيين المستشار ، ولا تَدَخُّلَ لمجلس العائلة ، ولا حق للزوج ليكون مستشارًا لزوجته ، وللمستشار الحق في القبول والرفض .

مدى عدم أهلية المعين له مستشار : منع القانون ضعاف العقل والمبذرين المعين عليهم مستشار من الأعمال الآتية :

أولًا – المرافعة مدعين أو مدعى عليهم مهما كان موضوع النزاع حتى في قضايا التفريق أو الطلاق فلا بد من حضور مستشار معهم .

ثانيًا – الصلح في القضايا أيا كان نوع القضايا أو موضوع النزاع ، فلا بد من حضور المستشار .

ثالثًا – القرض أيًا كان المبلغ ، ولأي سبب كان ، فلا بد من حضور المستشار القضائي .

رابعًا – قبض رأس مال منقول وإعطاء مخالصة عنه .

---

(1) انظر : البنود من 489 إلى 515 في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

خامسًا – التمليك سواء أكان بمقابل كالبيع أم بدون مقابل كهبة في عقار أو منقول جسماني (مادي) أو أسهم مالية ، وكذا الرهن وعقد الحكر .

هذا ما نص عليه القانون من وجوب حضور المستشار القضائي مع ضعاف العقول والمبذرين ، وقد ألحق المتشرعون ما يأتي بهذه التصرفات :

1 – عقد التحكيم .

2 – قبول أو رفض ميراث .

3 – مباشرة قسمة نهائية .

4 – التعاقد بالتزامات تزيد عن حد الإدارة .

5 – تأجير العقار لأزيد من تسع سنين .

وللمحكمة إنقاص نفقاته إلى الحد المناسب متى رأت ذلك .

بند [296] التشريع الإسلامي

التبذير للمال هو السفه وهو عدم إحسان التصرف في المال ، والسفه : صرف المال في معصية كخمر وقمار ، أو صرفه في معاملة بيع وشراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة ، أو صرف المال على شهواته النفسانية ، خلاف عادة مثله في مأكله وملبسه ومركوبه ، أو بإتلافه هدرًا .

والغفلة هي التي لا يدري من اتصف بها صواب عمله من خطئه ، ولا يتحرى وجه الصواب ، ويكاد يفقد إرادته ، وينقاد لكل آمر بلا تبصر في العواقب . والبله أشد من الغفلة لأن الأَبله لا يعقل عقلًا حقيقيًا للأشياء ، وهو شخص بلا تفكير هادئ ساكن وربما لا يعرف ماذا يريد ، فالسفيه والمغفل والأبله يجب الحجر عليهم شرعًا (1) حفظًا لأنفسهم ولأموالهم من الأذى والضياع (2) .

(1) قاعدة : « السفيه والمغفل والأبله يجب الحجر عليهم شرعًا » .

(2) تناولت المادة 98 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة ، من قبل المحكمة ، وهي المختصة كذلك برفع الحجر عنهم . وهذا هو ما تناولته المادة 113 من القانون المدني المصري و المادة 94 من التقنين العراقي التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 95 من هذا التقنين التي تقول : « تحجر المحكمة على السفيه وذي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة » . =

والقيم عليهم هو الذي يسميه التشريع الوضعي مستشارًا ، وليس في التشريع الإسلامي نصف محجور عليه ، بل هناك القاصر مدة اختباره ، ولكنه حتى في هذه المدة محجور عليه ، فإن رأى وصيه أن تصرفه صوابًا أجازه ، وإلا رده ومنعه من التصرف [1] .

ويدخل في الضعف العقلي المغفل والأبله ، وقد يكون التقدم في السن سببًا في التغفيل أو البله ، والسكر الغالب قد يكون سببًا في التبذير .

ولا بد في الحجر على السفيه المبذر والمغفل والأبله من حكم يصدر بعد ادعاء ودفع وتحري وبحث أدلة [2] وتقديرها إلخ [3] .

وتصرف السفيه موقوف على إجازة وصيه [4] ، وتصرف المغفل والأبله ملحق بتصرف المجنون فهو باطل [5] ، والذي يمثل السفيه والمغفل والأبله وصيُّهم أو القيِّمُ عليهم في كل ما يتعلق بأموالهم كتصرف وصي القاصر ، إلا فيما سيأتي بالنسبة للسفيه .

= وتقابل المادة 127 من التقنين الأردني التي تقول :

1 - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .

2 - أما السفيه وذي الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون .

3 - يبلغ قرار الحجر للمحجور ، ويعلن للناس سببه ، وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة .

وتقابل المادة 957 من المجلة العدلية التي تقول : « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » . وكذلك المادة 958 من المجلة التي تقول : « للحاكم أن يحجر على السفيه » .

وتقابل المادة 85 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 99 .

(1) للولي رد تصرف المميز المحجور عليه إذا تصرف بمعاوضة بغير إذن وليه ، فذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد ، كان الولي أبا أو غيره حيث استوت مصلحة الرد والإجازة . وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده . الخرشي 292/5 .

(2) قاعدة : لابد في الحجر على السفيه المبذر والمغفل والأبله من حكم يصدر بعد ادعاء ودفع وتحرٍّ وبحث الأدله وتقديرها .

(3) جاء في حاشية الدسوقي : جواز الحجر لسفه ، وأراد به التبذير وعدم حسن التصرف في المال . حاشية الدسوقي 292/3 ما بعدها .

(4) قاعدة : تصرف السفيه موقوف على إجازة وصيه .

(5) قاعدة : تصرف المغفل والأبله باطل كتصرف المجنون .

والذي يشرف على وصي السفيه والمغفل والأبله الحاكم [1] (أو المجلس الحسابي) وهو الذي يعينه ويقيله ويحاسبه إلخ . وقد يكون الزوج هو الوصي أو القيم أو الزوجة كذلك متى عينها الحاكم وكانت تصلح لذلك ، وللوصي القبول والرفض .

عدم أهلية المبذر المسرف : تصرف المبذر إن كان بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء فللولي رده متى كان بغير سداد رأي ولا مصلحة ، وله إمضاؤه متى كان مصلحة سواء المنقول والعقار [2] ، وإن كان تصرف السفيه بلا عوض كهبة تعين على الولي رد تصرفه [3] ، فإن أقر السفيه بدين في ذمته أو أقر بإتلاف مال الغير رد الولي هذا الإقرار وأبطله ، فإن ثبت الإتلاف بالبينة ، ضمن السفيه في ماله ما أتلفه من مال الغير [4] .

وللسفيه أن يعمل وصيته بدون وليه وهي صحيحة ، وله أن يطلق زوجته ، وله استلحاق نسب طفل مجهول النسب بشروط الاستلحاق ، وله نفي نسب عنه ، وله عتق جارية استولدها ، ومتى ثبتت عليه جناية فيها قصاص يقتص منه (بخلاف الصغير والمجنون فلا قصاص عليهما) وله العفو عن قصاص ثبت له ، وله الإقرار بسبب عقوبة فيلزمه الحد ، كل هذا يعمله السفيه المبذر المحجور عليه بلا تدخل من وليه ، وليس لوليه التعرض له [5] في

(1) جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية : ويعد أيضًا بمنزلة السفيه الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم مع أنهم لا يعدون سفهاء ويمكن الحجر على أبله وبسيط كهذا عند الإمامين لأنه لا يقدر على التصرفات الرابحة ولا يكف عن التجارة مع كونه يخدع فيها ، والمغفل اسم مفعول من التغفيل وهو من لم توجد فيه فطانة . شرح مجلة الأحكام العدلية لحيدر باشا مادة 945 ، 587/2 .

(2) قاعدة : للولي رد تصرف المبذر إن كان بمعاوضة بلا إذن وليه كبيع وشراء متى كان بغير سداد رأي ولا مصلحة وله إمضاؤه متى كان مصلحة ، سواء في المنقول والعقار .

(3) قاعدة : إن كان تصرف السفيه بلا عوض كهبة وصدقة قيمة تعيَن على الولي رد تصرفه .
وذلك موقوف على نظر وليه من إجازة أو رد ، كان الولي أبا أو غيره ، حيث استوت مصلحة الرد والإجازة . الخرشي 292/5 .

(4) جاء في الخرشي 292/5 : وأما تصرفه بغير معاوضة كهبة وعتق وما أشبه ذلك فإنه يتعين على الولي رده .

(5) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 101 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية وتشمل في حكمها المحجور عليه للغفلة أسوة بالمحجور عليه للسفه ليتسق حكمها مع حكم المادة 67 من القانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال ، وهي تنص على أنه : « يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أو بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » .
المادة المذكورة المادة 130 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : =

ذلك إطلاقًا [1] .

إذًا السفيه المبذر ليس له أن يدعي أو يُدَّعَى عليه في أي نزاع ، وليس له الصلح ، ولا القرض ، ولا قبض رأس مال ، ولا إعطاء مخالصة ، ولا تمليك ، ولا تملك ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا حكر ، ولا تحكيم ، ولا قسمة ، ولا تعاقد بالتزامات ، ولا تأجير إلخ . كل هذا يعمله الولي وحده بدون حضور السفيه معه .

والحاكم يقدر نفقات المحجور عليه للسفه ، هو ومن تلزمه نفقته إذا كان في ماله سعة .

وأما تصرفات الأبله فهي كتصرفات المجنون ، فهي باطلة . وحكم تصرفه كحكم تصرف المجنون . وحكم تصرفات المغفل كالصغير المميز أو السفيه المحجور عليه [2] .

بند [297] القانون الفرنسي

حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر [3] :

الأعمال التي يعملها ضعيفو العقل والمبذرون بدون حضور مستشاريهم وكان

= 1 - يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحًا متى أذنته المحكمة في ذلك .

2 - وتكون أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه للسفه أو للغفلة المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمتها الجهة التي أصدرت الإذن .

وتقابل الفقرة الثانية من المادة 109 من التقنين العراقي التي تنص على أنه : « تصح وصايا السفيه بثلث ماله » .

وكذلك المادة 110 من هذا التقنين التي تنص على أن : ذي الغفلة حكمه حكم السفيه » .

وتقابل المواد 102 ، 103 ، 104 من التقنين الكويتي .

وتقابل المادة 273 من مرشد الحيران التي تنص على أن « المحجور عليه حجرا قضائيًا لسفه تصح تصرفاته في وصاياه بالقرب من ثلث ماله إن كان له وارث » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة 101 .

(1) جاء في الخرشي 329/5 : أن المميز البالغ الذي لم يعلم رشده إذا طلق زوجته ، لوليه أن يرد ذلك على المذهب ، سواء كان الطلاق على وجه الخلع أم لا ، وكذلك يلزمه استلحاق النسب بشرطه الآتي في بابه . وكذلك تلزمه جناياته على غيره من نفس أو جرح أو قذف ، وكذلك يلزمه إذا عفا عمن جنى عليه أو على وليه من عبد ونحوه ... وكذلك يلزمه ما أقربه به من عقوبة في بدنه ... وقد استفيد مما قررنا أن هذه المسائل في السفيه البالغ .

(2) يقول الدردير (والسفه) الذي هو أحد أسباب الحجر هو التبذير ، أي صرف المال في غير ما يراد له شرعًا بصرف المال في معصية كخمر وقمار . الشرح الصغير جـ 3 ص 156 .

(3) انظر : البنود من 489 إلى 515 . في البابين الثاني والثالث ، من الكتاب الحادي عشر من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 111 : 115 .

حضورهم واجبًا فيها معهم ، تكون قابلة للإلغاء الخاص مثل كل عمل يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية بدون حضور وليه سواء بسواء ، وليس لمن تعاقد معه طلب الإلغاء بل هو أو مستشاره . ويسقط الإلغاء بالمدة وبالتصحيح . وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها عدم حضور المستشار فقط ، بدون أي بحث آخر .

الأعمال التي يعملها ضعاف العقل والمبذرون وحدهم بدون حضور المستشار .

(1) الزواج واستعمال السلطة الأبوية والسلطة الأمومية .

(2) عمل وصيته .

(3) الاعتراف ببنوة الولد الطبيعي .

(4) عمل عقد ترتيب أموال الزوجين حسب أهليته .

(5) قبض إيراده وإعطاء مخالصة ، وتنظيم استثماره .

(6) بيع المحصول الزراعي والمنقول الجسماني .

ويلاحظ أن طلب تعيين مستشار قضائي وسير القضية وإعلان الحكم بتعيين المستشار ونشره ، ونهاية المستشار القضائي ، كل هذا مماثل للحجر القضائي إلا أن حكم تعيين المستشار لا يعمل به في الماضي مطلقًا .

بند [298] التشريع الإسلامي

كل عمل يعمله السفيه المحجور عليه أو المغفل يكون كعمل الصغير القاصر الذي تحت الوصاية [1] ، وكل عمل يعمله الأبله يكون كعمل المجنون . ولكل من تعاقد معهم طلب الفسخ ، ولوليهم كذلك كما سبق تفصيله . وعلى المحكمة الحكم بالإلغاء متى رفع إليها الأمر وثبت أن التصرف من المحجور عليهم عديمي الأهلية [2] . والمغفل هو من ينقاد بسهولة ، ولا يعرف المكر والخديعة . والأبله هو عديم التفكير ، فلا يميز بين الضار والنافع ، ينقاد للغير بلا تفكير كالبهائم ، فهو

(1) جاء في الخرشي 294/5 : وصحت وصية الصغير المميز كالسفيه .

(2) جاء في المغني لابن قدامة 519/4 وما بعدها أنه لا يحجر عليه إلا الحاكم . لأن أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون .

كالمجنون . وليس للسفيه [1] أن يتزوج بلا إذن وليه ؛ فإن تزوج بلا إذن وليه فللولي رد نكاحه بطلقة بائنة إن لم يحصل له رشد [2] ، وإلا فلا كلام لوليه متى رشد بالغًا وفُكَّ حجره . وللزوجة إن فسخ ولي السفيه زواجه بعد الدخول المهرُ الشرعيُّ فقط ، وهو ربع دينار ولا تتبعه بباقي المهر بعد رشده : وتعين الفسخ بعد موته بحكم الشرع لا بالولي ، فلا مهر إلا ربع دينار ، ولا إرث لها من زوجها السفيه ، وليس له قبض إيراده ولا إعطاء مخالصة عنه ، وليس له بيع محصوله الزراعي ولا المنقول الجسماني ، وليس له دفع مهر بغير إذن وليه وإدارة أمواله متروكة لوليه . وله عمل وصيته واستلحاق ولد مجهول النسب به .

وجميع الأحكام الخاصة بالقاصر ووصيه كوصي السفيه ما عدا المستثنى السابق الذي يجوز للسفيه عمله [3] .

بند [299] القانون الروماني [4]

المبذر وهو الذي بدد أملاكه التي ورثها من أقاربه من جهة أبيه يعين عليه قيم لمصلحة العائلة لحفظ هذا الميراث للعائلة . فإن انعدم الأقارب فلا يعين قيم . ثم تدرج إلى تعيين قيم على المبذر الذي يملك مالا من أي ناحية ولو لم يكن له أقارب .

وتصرف المبذر القانوني ينحصر في تحسين حاله فقط ، لا في جلب الضرر وتحمل المسئولية .

---

(1) جاء في الخرشي 295/5 : أن تصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم .

(2) قاعدة : ليس للسفيه أن يتزوج بلا إذن وليه ، فإن تزوج بلا إذن وليه فللولي رد نكاحه بطلقة بائنة إن لم يحصل له رشد .

(3) يقول ابن رشد : « فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب أو الوصي . فإن أخرج شيئًا من يده بغير عوض كان موقوفًا على نظر وليه ... » .
بداية المجتهد جـ 2 ص 421 وما بعدها والكافي لابن عبد البر ص 423 .

(4) انظر : الباب الثالث والعشرين ، من الكتاب الأول ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 45 ، 46 .

نتيجة المقارنات من بند 284 إلى نهاية بند 299

يتفق التشريعان في الآتي :

الحجر القضائي - أسباب الحجر القضائي - نتائج الحجر القضائي - عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا - نهاية الحجر القضائي - اختلال القوى العاقلة - تصرفات المجنون باطلة - الاستشارة القضائية (في الجملة) - ضعاف العقول والمبذرون - حكم ما يعمله خفيف العقل والمبذر (في الجملة) .

بند [300] القسم الثالث

الأملاك

القانون الفرنسي [1] – معلومات أولية :

المعنى القانوني لكلمة (أملاك) هو كل ما يمكن أن ينتفع به الشخص أيًا كانت المنفعة . وكلمة (ما يورث عن الإنسان) تفيد أنها مجموعة من الحقوق والالتزامات التي تقوَّم بنقود ؛ فلا تشمل كل حق لا يقوَّم بمال كحق حفظ الصغير وتأديبه وواجب الأمانة بين الزوجين .

يوجد علاقة بين الشخصية القضائية وما يورث عن الإنسان ، فنتج من المقارنة ما يأتي :

أولًا – الأشخاص فقط لهم مال يورث عنهم سواء أكانوا أشخاصًا حقيقيين أم معنويين ، وهكذا كان في القانون الروماني العبد وولد العائلة يمكن أن يكون لهما مال ، ولكن لا يورث عنهما لعدم وجود شخصية قانونية لهما .

ثانيًا – كل شخص له ما يورث عنه بالفعل إن وجد له مال ، وإلا بمعنى أنه أهل لترك ما يملكه .

ثالثًا – كل شخص يمكن أن يكون له فقط ما يورث عنه فقط ، يعني الشخص واحد والميراث عنه واحد لا يتعدد أحدهما ولا ينقسم .

ينقسم القسم الثالث إلى سبعة أقسام :

(1) ترتيب الحقوق العينية التي تتركب منها مالية الإنسان .

(2) ترتيب الأملاك .

(3) الملكية في ذاتها .

(4) وضع اليد .

(5) أشكال مختلفة للملكية .

(6) الحقوق الشخصية .

(7) الحقوق العينية .

أ – ترتيب الحقوق التي تكوِّن مالية الشخص :

الحقوق التي تكوِّن مالية الشخص تتكون من نوعين .

---

(1) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

أولًا : الحقوق العينية .

ثانيًا : الحقوق المتعلقة بالذمة .

والحق العيني هو خاصية أو صفة تتعلق بالشخص يعارض بها من عداه ، ويستفيد بها مباشرة من شيء محدود كل أو بعض منافع هذا الشيء القانونية كحق ملكية عقار .

والحق المتعلق بالذمة هو خاصة أو صفة تتعلق بشخص يسمى دائنًا تطلب من شخص آخر محدود يسمى مدينًا تنفيذ شيء أيًا كان (إعطاء،عمل شيء ، عدم عمل شيء) ، فالرجل الذي أقرض آخر مبلغًا لمدة معينة يملك ضد المقترض حق الدائنية .

والفرق بين الحق العيني والحق المتعلق بالذمة ما يأتي :

أولًا : الحق العيني يستعمل مباشرة على ذات الشيء المملوك بدون واسطة أحد (كمالك حصان يستوفي منفعته منه كما يحب) ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فلا يمكن استيفاء الدائنية من المقترض إذا لم يؤدها في موعدها إلا باستعمال الطرق القانونية التي أعطاها القانون للدائن ، فيصل إليه حقه بواسطة القانون ورجاله .

ثانيًا : الحق العيني ينشئ علاقة قانونية بين شخص (صاحب الحق) وبين شيء (المادة المتعلق بها الحق) فهو حق على شيء ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فهو ينشئ علاقة بين شخصين ، صاحب الحق وهو الدائن ، والآخر المدين .

ثالثًا : مادة الحق العيني دائمًا شيء جسماني محدود مؤكد كمنزل أو حصان ، وأما مادة الحق المتعلق بالذمة يمكن أن يكون شيئًا محدودًا أو من جنس أو نقود أو عمل أو امتناع عن عمل .

رابعًا : الحق العيني يوجد معارضًا لكل العالم فهو يسمى حقًّا مطلقًا ، والحق المتعلق بالذمة لا يوجد إلا ضد شخص محدد وهو المدين فيسمى حقًّا خاصًّا .

خامسًا : صاحب الحق العيني لا يمكنه جبر شخص على إتمام فعل إيجابي ليستعمل حقه فالناس يتركون هذا الحق يستعمل بحرية بدون تدخل أي شخص حسب القاعدة (يتألم ولا يمكنه عمل أي شيء) لكن في الحق الشخصي أو المتعلق بالذمة لصاحب الحق الدائن جبر المدين لتنفيذ ما هو مطلوب منه وجوبًا عليه .

سادسًا : في كل تشريع نجد الحقوق العينية محدودة بنص القانون وليس بقانون

زيادة قائمة الحقوق العينية نوعًا آخر ، بخلاف الحق المتعلق بالذمة فإن للمتعاقدين الحق المطلق في الاتفاق ، فحقوق الدائنية يمكن أن تتغير إلى مالا نهاية .

بند [301] القانون الروماني [1]

الأملاك : هي كل ما يمكن أن يحصل مصلحة و منفعة للإنسان كمنزل أو حصان .

التركة هي مجموع الالتزامات والحقوق التي يمكن تقديرها بالنقد ، وهي تكوِّن وحدة قانونية .

– وفي روما ليس لكل شخص تركة ، بل التركة تكون لرئيس العائلة فقط ، فلا تركة للرقيق ولا لولد العائلة ولا للأشخاص غير البالغين .

والأملاك قسمان : ما يدخل فيما نسميه تركة الأشخاص ، وما لا يدخل فيها ، والشيء جسماني أو غير جسماني ، ومنقول أو عقار ، واقع في أرض إيطاليا أو خارجها ، والشيء إما خاص بالإنسان أو بالله ، والشيء إما عام كأملاك الحكومة من طرق ومواني وأنهر ، وإما مشاع في الاستعمال كالماء الجاري وحقوق الارتفاق البحرية .

ترتيب الحقوق : هناك حق عيني وهناك حق في الذمة ، فالحق العيني صفة لشخص تمكنه من أخذ منفعة من شيء معين محدود كلي أو جزئي ، وهذه المنفعة قانونية يمكن أن تعطى من ذلك الشيء .

والحق العيني يعطي صاحبه حق الامتياز ومتابعة العين أين وجدت ، فالحق العيني كالملكية والخدمة الشخصية وحق المنفعة وحق الاستعمال وحق السكنى وحقوق الارتفاق .

بند [302] التشريع الإسلامي

كلمة (أملاك) أو ملك هو كل مال أو متقوَّم بمال ويمكن للشخص الانتفاع به انتفاعًا شرعيًا لا حرمة فيه [2] .

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثاني ، من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 55 – 72 .

(2) تناولت المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية مفهوم الملكية ونصها : الملكية حق يخول مالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .

وقد نص الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1972 في المادة 22 منه على ما يأتي : « الملكية الخاصة تتمثل =

والتركة (هي كل ما يورث عن المتوفى)[1] وهي كل حق أو التزام مقوَّم بمال فلا يدخل في التركة أحوال الإنسان الشخصية كحق الحضانة أو الولاية الشرعية[2] .

وكل شخص يمكن أن يكون موروثًا ، إما لورثته الشرعيين ، وإما لبيت المال عند عدمهم[3] ولا تركة تورث ما دامت مستغرقة بالدين ، ولا ميراث لأحد إلا بعد سداد الدين[4] .

والذي يكوِّن مالية الإنسان حقوق عينية وحقوق في الذمة ، فإذا رجعنا إلى منشأ الحق الذي لمالكه وجدناه إما ناشئًا عن ذات جماد أو حيوان أي على عينه اعتبرنا هذا الحق عينيًا ، وإما ناشئًا عن التزامه في ذمة الغير تعهد بالوفاء به لمالكه

= في رأس المال غيرالمستغل ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي ، وفي إطار خطة التنمية دون انحراف واستغلال . ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب » .

ويقابل هذا كله المادة 1048 من التقنين العراقي والمادة 1018 من التقنين الأردني والمادة 810 من التقنين الكويتي .

وتتفق أحكام هذه النصوص مع ما يقرره الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 11 من مرشد الحيران على ما يأتي : « الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفًا مطلقًا فيما يملكه عينا ومنفعة ، واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة » .

ونصت المادة 1192 من المجلة العدلية على ما يأتي : « كل يتصرف في ملكه كيف شاء ، لكن إذا تعلق حق الغير به ، فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ... » .

وقال صاحب فتح القدير 456/5 أن الملك قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) جاء في الشرح الكبير 457/4 أن التركة حق يقبل التجزؤ يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له .

(2) نصت المادة 205 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الشافعي الصادر عن مجمع البحوث الإسلامية في مصر على ما يأتي : « تركة المدين مرهونة بديونه حتى تسدد » وجاء في مذكرة هذه المادة ما يأتي : « فإذا مات الميت وعليه دين ، تعلق هذا الدين بتركته المنتقلة إلى الوارث مع وجود الدين تعلقه بالمرهون ، ويستوي الدين المستغرق بالتركة وغيره في الأصح » . والصحيح أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ، لأنه ليس في الإرث المقيد أكثر من تعلق الدين بالموروث تعلق رهن ، وذلك لا يمنع الملك في الرهون . (الجلال المحلي 283/2 ، نهاية المحتاج 296/4 ، 297) .

(3) جاء في مواهب الجليل للحطاب 413/6 أنه إذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولاء فماله لبيت مال المسلين .

(4) جاء في مواهب الجليل للحطاب 407/6 أنه يبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث ... قال ابن رشد : ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه .

كمثلي من معدود أو مكيل أو موزون ، اعتبرنا هذا الحق متعلقًا بذمة الغير [1] .

فالحق العيني يستعمله مالكه على ذات الشيء المملوك له والحق المتعلق بالذمة يقتضي الطلب عند عدم الوفاء ، فالعيني حق على شيء ، والثاني في ذمة إنسان ، والعيني دائمًا جسم والذي في الذمة قد يكون معدودًا أو مكيلًا أو موزونًا أو عملًا أو امتناعًا عن عمل ، والحق العيني حق مطلق يعارض به مالكه كل الناس [2] .

بند [303] القانون الفرنسي [3]

قائمة تحديد الحقوق العينية :

الحقوق العينية المحددة في القانون الفرنسي هي :

(1) الملكية . (2) حق الانتفاع بالريع .

(3) الاستعمال . (4) السكنى .

(5) الارتفاق . (6) الديون الممتازة والرهون .

(7) حق الاستعمال الناشئ عن عقد الاحتكار .

تقسيم آخر للحقوق العينية : يمكن وضع الحقوق العينية : في قسمين مختلفين .

أولًا : الملكية ، وهي التي تخول لصاحبها الحق التام المطلق على الشيء المملوك .

ثانيًا : جميع الحقوق العينية الباقية ، وتسمى الحقوق العينية على أملاك الآخرين .

ويمكن وضع الاستعمال والسكنى وحق الانتفاع بالريع في قسم خاص وتسميتهم (الارتفاق الشخصي) .

---

(1) لا ينتقل للميراث إلا بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة من مؤن التجهيز وقضاء ديونه وحق الوارث والموصى له وغير ذلك » . تقريرات إبراهيم الإبنابي على إرشاد السالك لابن عسكر ص 123 ، بداية المجتهد جـ2 ص 338 .

(2) جاء في مواهب الجليل للحطاب 406/6 : أن الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت ، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أو لا . الأول هو الحقوق المعينة والثاني الدين المتعلق بالذمة فقط .

(3) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، ص 122 والبنود : من 578 إلى 636 ، في الكتاب الثالث ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

أسباب أفضلية الحقوق العينية على الحقوق المتعلقة بالذمة :

الحقوق العينية تفضل حقوق الذمة بأمرين عظيمين ، لأنها تمنح مستحقيها حق الأفضلية وحق المتابعة والملاحقة .

فحق الأفضلية هي الصفة التي تعطي مستحق الحق العيني ممارسة حقه أولًا قبل أي شخص آخر ، كما إذا أقرضنا تاجرًا ثم أفلس ورأس ماله لا يفي لجميع دائنيه فتقسم ماليته بنسبة دينه ، ولكن إذا كان لك عنده مخزن موبيليا على حسابك فحقك ثابت على هذه العين ، تأخذها عينًا من أيدي الدائنين بطريق الاسترداد .

وحق المتابعة والملاحقة ، وهي صفة تعطي لمستحق الحق العيني الحق في متابعة حقه قبل أي شخص يضع يده على المادة موضوع الحق العيني ، كما إذا ملكت منزلًا وباعه آخر مدعيًا ملكيته فلك الحق في استرجاعه أيًّا كان .

وتبين مما تقدم أن الحق المتعلق بالذمة سريع العطب جدًّا ، فالمدين دائمًا في خطر لأنه قد يفقد ما عنده أو يتعاقد لعمل تكون عاقبته الإفلاس . فالدائن في خوف من عدم الدفع ؛ فيعمد الدائن إلى طلب رهن يتوثق به لدينه ومتى تم أصبح الحق قويًا مضمونًا بالرهن وهو حق عيني .

بند [304] التشريع الإسلامي

الحقوق العينية المحددة في التشريع الإسلامي هي كل حق تعلق بذات شيء ، يعني بعين ذلك الشيء . ويدخل فيها الملكية والانتفاع بالريع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الانتفاع بالوقف والحكر ، وسيأتي تفصيله في محله .

ولو اعتبرنا أن الحق العيني ينتج أولًا وبالذات من الملكية لشيء فكل ما نتج عن شيء مملوك لصاحبه نعتبره قسمًا مستقلًّا ، ولو جاء هذا الحق العيني ، لا من عين مملوكة لصاحبها بل من عين مملوكة للغير سمي حقًّا عينيًّا على أملاك الغير ، فالحق العيني إذن حق عام مطلق بالنسبة للقسم الأول ، وحق على أملاك الآخرين بالنسبة للقسم الثاني .

والحق العيني في نظر المشرعين أفضل من الذي في الذمة ؛ حتى إن المدين إذا

خيف مطله أو غيبته عن محل إقامته فللدائن مطالبته بضم ذمة أخرى إلى ذمته في الطلب والأداء وهو الضمان أو مطالبته بتوثق تطمئن إليه نفسه ضمانًا لحقه وهو الرهن فيجيبه الحاكم لذلك (1) . وصاحب الحق العيني مقدم على صاحب الحق في الذمة (2) ؛ فالدائن (3) المرتهن أحق بثمن رهنه حتى يستوفي بحقه فهو أولى من الدائن في الذمة عند إفلاس المدين (4) ، والدائن الذي يعرف عين بضاعته المباعة للتاجر قبل إفلاسه أحق بها عينًا نظير دينه بعد الإفلاس ، إذا لم يكن في مال التاجر وفاء لجميع دائنيه بشرط أن لا تفوت عليه بأي مفوت ، كما سيأتي في باب الإفلاس (5) .

والحق العيني باقٍ لصاحبه ولو خرج الشيء من ملكه بدون رضاه ؛ فلو سرق أو اغتصب شخص ملكا معينًا لشخص آخر فله الحق في استرجاعه أيًا كان ، وبأي عنوان انتقل ، إلا إذا فات بمفوت من المذكور في الغصب فيضمن مثل المثلي وقيمة المقوم .

وأخيرًا الحق في الذمة أضعف من الحق العيني (6) لأنه يرجع في الغالب إلى ذمة

(1) جاء في الخرشي 196/8 أن المتعلق بالتركة خمسة أمور : حق تعلق بعين التركة ، وحق تعلق بالميت،وحق تعلق بالذمة ، وحق تعلق بالغير ، وحق تعلق بالوارث والحصر في هذه وترتيبها استقرائي ؛ فإن الفقهاء تتبعوا مسائل الفقه فلم يجدوها تزيد على هذه المراتب الخمسة .

(2) قاعدة : صاحب الحق العيني مقدم على صاحب الحق في الذمة .

(3) جاء في الشرح الكبير 457/4 : ويخرج من رأس (تركة الميت) مُبَدّأً على غيره وجوبًا ، ولو أتى على جميعها حق تعلق بعين كالمرهون في دين ، لتعلق حق المرتهن بذاته ، فيقدم على كفن الميت ونحوه .

(4) تناولت المادة 1033 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية تعريف الرهن الرسمي ، ونصها : الرهن الرسمي حق عيني يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقار مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون وهو ما تناولته المادة 1030 من القانون المدني المصري التي جاء فيها :

« الرهن الرسمي عقد له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضًا على هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه .

وتقابل هذه المادة 1285 من التقنين العراقي ، والمادة 1322 من التقنين الأردني ، ومادة 971 من التقنين الكويتي .

(5) انظر أحكام الإفلاس في حاشية الدسوقي 458/4 .

(6) قاعدة : الحق في الذمة أضعف من الحق العيني .

المدين هل يفي أم لا ، وإلى ملكه هل فيه الوفاء أو لا ، وإلى ملاحظة المدين دائمًا هل أنقص قدرته على الدفع أم لا إلخ . كل هذه اعتبارات تجعل الحق في الذمة أضعف من الحق العيني [1] .

بند [305] ب - ترتيب الأملاك

القانون الفرنسي [2] : تنقسم الأملاك إلى قسمين :عقار ومنقول ، والفوائد العملية في التفرقة بين العقار والمنقول :

أولًا : من ناحية التمليك : تمليك العقار خاضع بالنظر إلى الشخص الثالث (غير المتعاقدين) إلى إجراءات عقد التمليك بسجلات حفظ الرهونات ، وأما تمليك المنقول فليس خاضعًا لأي إجراء مطلقًا .

ثانيًا : من ناحية الرهن : العقار فقط هو الذي يحتمل الرهن .

ثالثًا : من ناحية الاسترداد : يمكن استرداد العقار لمدة ثلاثين سنة ، بخلاف المنقول فقليل جدًّا استرداده عملًا بالقاعدة المعروفة (وضع اليد على المنقول يعادل دليل الملكية) .

رابعًا : من ناحية أهلية التمليك : شروط أهلية التمليك في العقار محدودة وصريحة وشديدة بخلاف التمليك في المنقول خصوصًا في المرأة المتزوجة المشترطة فصل أملاكها عن زوجها .

خامسًا : من ناحية إدارة العقار والمنقول : فإن إدارة عقار الغير محدودة بخلاف المنقول فإنها أكثر اتساعًا كإدارة الوصي لتركة القاصر .

سادسًا : من ناحية أملاك الزوجين : في عقد اشتراك أملاك الزوجين يدخل الموجود والمستقبل في ملكيتهما بخلاف العقار فيدخل المستقبل فقط ويبقى العقار

---

(1) يقول الدردير : وللغريم أخذ عين ماله الذي باعه المفلس قبل فلسه ، عرضًا أو مثليًا أو حيوانًا ، المحوز عن الغريم في الفلس حيث ثبت ببينة أو إقرار من المفلس قبل فلسه .

الشرح الصغير جـ 3 ص 148 بداية المجتهد جـ 2 ص 284 .

(2) انظر : البنود من 516 إلى 536 ، في الكتاب الأول ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 120 .

خاصًا بصاحبه ، وفي الزواج بمهر من الزوجة يكون العقار الذي جُعِل مهرًا غير قابل للتمليك ولا لسقوط حق الملكية فيه ، بخلاف المهر المنقول فلم يتكلم عنه القانون ، الأمر الذي اضطر معه المتشرعون لوضع أحكام خاصة به .

سابعًا : من جهة الحجز : فالحجز العقاري طويل ويحتاج لإجراءات كثيرة بخلاف الحجز على المنقول .

ثامنًا : من جهة تنفيذ الوصية : فإن أوصى بعقاره لشخص ، ولآخر بمنقوله وجب معرفة العقار من المنقول لتنفيذ الوصية .

تاسعًا : من جهة ترتيب الضريبة بالنسبة للعقار : يلزم تحديده ، ومعرفة قيمة إيجاره ، لأنه هو يتحمل الضريبة العقارية فقط خلاف المنقول .

وأسباب هذه الفوارق هي :

أولًا : أن المنقول دائمًا متغير وغير ثابت ، بخلاف العقار فله شخصية ثابتة يسهل معرفتها .

ثانيًا : نظرًا لأهمية العقار الاقتصادية قد اعتنى به القانون المدني بخلاف المنقول .

تبدل اقتصادي في قيمة العقار والمنقول الخاصة :

منذ زمن في هذا القرن نتج تغير كبير في الثروة فأصبحت الثروة المنقولة ذات قيمة عظيمة أكثر من قيمة العقار ، وهذا نتج عن انتشار الشركات ذات الأسهم المالية التي تعد من المنقول ، وعن انتشار قروض الحكومة بسندات وهي إيراد مدى الحياة ، ومعتبرة من الثروة المنقولة أيضًا .

بند [306] الأملاك عقار ومنقول

التشريع الإسلامي : فالعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر وسيأتي بيانه ، والمنقول ما يمكن نقله وليس بثابت وسيأتي بيانه أيضًا [1] .

(1) يتفق ذلك مع المادة 63 من مشروع القانون المدني طبقًا لحكام الشريعة الإسلامية والمادتين 2 ، 3 من مرشد الحيران وستأتي التفرقة بين الفقه الحنفي الذي يحصر العقار في الأرض وبين اتجاهات القوانين المدنية العربية التي اعتبرت من العقار كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار كالشجر والمباني .

ونظرًا لشدة العناية بالعقار فقد شرعت له أحكام كثيرة خلاف المنقول فبيع المنقول قد يكون معاطاة من الجانبين ، ولكن بيع العقار يجب لمعارضة غير المتعاقدين الإشهاد عليه وإشهاره كما أمر ولي الأمر الآن ، وبيع منقول القاصر مثلًا لا يحتاج إلى شروط كبيع عقاره [1] ، ويحجز على عقار المدين ويباع إذا لم يكن في منقوله وفاء ، وتنفيذ الوصية بمال معدود من منقول التركة [2] .

أولًا : الضريبة العقارية محددة وثابتة وهي المعروفة بالخراج [3] على العقار ، والزكاة على المنقول وهو الزرع بعد حصاده متغير تبعًا للزيادة والنقص ، وكونه يسقى بآلة أو بالسيح وإن كان أساس فرضها محدودا (4 أربعة أرداب وكيلتين) أي خمسين كيلة مصرية .

والرهن المطلوب للدائن يكون غالبًا عقارًا لأنه ثابت لا يخشى تغيره فيكون خطر ضياع أموال الدائن بعيدًا ، وإن كان يصح رهن المبيع المنقول نظير ثمنه ولكنه قليل وهي ضرورة مقدرة بقدرها .

تبدل اقتصادي :

هذا التبدل الذي اتجه إليه العالم الاقتصادي قد نظر إليه المشرع الإسلامي ، ووضع له أحكامه منذ وجوده فإنه وضع الضريبة (وهي الزكاة) على الأملاك المنقولة وضريبة المنقول على الذهب والفضة المدخرة ، وعلى عُرُوض التجارة المقدرة بأموال ، وعلى الماشية وعلى محصول الأرض من غلال وقطاني . ومن عروض التجارة سندات الأسهم المالية ففيها الزكاة متى استعملت للتجارة ، فلها أرباح وعليها خسارة ، فإن استعملت للادخار فعليها زكاة المال إن بلغت النصاب إلخ .

---

(1) الحكم المقرر في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي يجيز له ذلك وبإذن القاضي ، كإيفاء دين أو دفع حاجة ضرورية أو وجود مصلحة راجحة ، لأن بقاء عين العقار فيه حفظ مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه ، ولكن للوصي أن يبيع المنقول إذا رأى مصلحة في بيعه . شرح مجلة الأحكام لحيدر باشا 625/9 والموسوعة الفقهية الكويتية 187/30 والشرح الكبير 299/3 ، 300 .

(2) جاء في الخرشي 198/4 أنه تخرج وصاياه من ثلث باقي ماله إن وسع جميعها وإلا قدم الآكد على ما مر .

(3) الخراج – بالمعنى العام – هو الأموال التي تتولى الدولة أمر جبايتها وصرفها في مصارفها – وأما الخراج – بالمعنى الخاص – فهو الوظيفة أو الضريبة التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية النامية – الموسوعة الفقهية 52/19 .

ويصح استرداد المملوك من العقار إذا اغتصب ولم يحدد مدة استرداده بثلاثين سنة ، ومن غير الغصب مدة الاسترداد 10 سنين على تفصيل في ذلك للحاضر والغائب . بل المنصوص عليه : « أن بقاء المغصوب بعينه يوجب رده عقارًا أو منقولًا »[1] ، « وفوت المغصوب المثلي (يعني الذي له مثل في السوق) بالتلف أو بالتعييب يوجب غرم مثله ، والمثل يكون في المعدود والمكيل والموزون ، وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته »[2] .

والمقوم غير المعدود والمكيل والموزون ، وفوته مع وجوده كشاة ذبحت وغزل وحلي تعيب وثوب خاطه الغاصب لا يوجب غرم قيمته ، بل يوجب التخيير بين أخذه وأخذ قيمته[3] .

بند [307] العقارات

القانون الفرنسي[4] : العقارات أربعة أنواع :

---

(1) قاعدة : بقاء المغصوب بعينه يوجب رده عقارًا أو منقولًا .

(2) قاعدة : فوت المغصوب المثلي بالتلف أو بالتعييب يوجب غرم مثله ، والمثل يكون في المعدود والمكيل والموزون وفوت المقوم بتلفه وضياعه يوجب غرم قيمته .

(3) جاء في حاشية الدسوقي 443/3 وما بعدها : وضمن الغاصب المميز بالاستيلاء أو الحيلولة بينه وبين مالكه ... والقيمة تعتبر يوم أخذه لا يوم حصول المفوت ، والكلام هنا في ضمان الذات المغصوبة ... كأن يموت الحيوان المغصوب عند الغاصب ، إلا أنه يضمن السماوي كانهدام الدار المغصوبة قبل سكناها ، أو قتل عبد مغصوب قصاصًا إن جنى بعد الغصب أو لحرابته أو ارتداده أو ركب الدابة المغصوبة فهلكت بل ولو لم يركب ، أو ذبح الشيء المغصوب فيضمن القيمة يوم التعدي ، ولربها أخذها مذبوحة .

وإذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح وصارت مملوكة للغاصب ، فيجوز له الأكل منها ويجوز لغيره أن يشتري منها . والمذهب أن الذبح ليس بمفيت ولربها الخيار بين أخذ قيمتها وأخذها مذبوحة من غير أن يأخذ معها ما نقصه الذبح .

وجاء في الخرشي 135/6 : أن الغزل وإن كان مما يوزن لكن أصله ، وهو الكتان ، مثلي ، والمثلي إذا دخلته صنعة لزمت القيمة فيه فقولهم المثلي ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده يقيد بما إذا لم يكن أصله مثليًا ودخلته صنعة فإن كان كذلك فهو مقوم ... وأن الغاصب إذا غصب الغزل أو الحلى فضاعا عنده فإنه يضمن قيمتهما وإن لم يحدث فيهما صنعة ، وغير المثلي فقيمته يوم غصبه .

(4) انظر : البنود من 517 إلى 526 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

1 - عقار بالطبيعة . 2 - عقار بالتخصيص والتعيين .

3 - عقار بالمادة التي سيطبق عليها . 4 - عقار بالإقرار .

العقار الطبيعي أو بالطبيعة هو الشيء الذي بتركيبه الطبيعي لا يمكن أن ينتقل ولا يكون منقولًا وهي الأرض وما اتصل بها . وأنواع العقار بالطبيعة هي :

أولًا : الأرض أو باطن الأرض .

ثانيًا : المحصول الزراعي المتعلق بالأفرع أو بالجذوع ، لكن من ساعة نضوج الحبوب وقطع الثمر أصبح المحصول منقولًا ، وكذا تقليم الشجر .

ومع هذا فبيع المحصول الزراعي قائمًا على أصوله أو تقليم الشجر يعتبر بيعًا لمنقول لأنه بيع لمحصول تم ليُضَمّ وتقليم الشجر ليقطع ، كذلك الحجز على الثمرات القائمة على أصولها هو حجز على المنقول لأن الحجز تم لتباع بعد قطعها ، وكذا بيع منزل للهدم فهو بيع منقول .

ثالثًا : المزروعات من أي نوع كان (شجر - شجير - زرع) .

رابعًا : المباني ، بشرط أن تكون ملتصقة بالأرض لها أساس فيها ، وأما المساكن الخشبية المرتكزة فقط على الأرض بقوائمها فتعتبر منقولات كعربات الأمنوبيس المعدة للسكنى وأكشاك البلديات أو أكشاك بيع الجرائد فمنقولات .

خامسًا : المواسير المستعملة لسير الماء أو لاستعماله بالمنازل ، وكذا مواسير المياه والغاز بالطرق العامة ، ويمكن اعتبار هذا عقارًا بالتخصيص .

سادسًا : طواحين الهواء أو الماء بشرط أن تكون ثابتة على دعائم وأن تكون جزءًا من عمارة .

ملكية العقار تندمج في العقار فهي عقار بالطبيعة .

المباني والزراعة أيًا كان موجدها مالكًا أو منتفعًا فهي عقار بالطبيعة .

بند [308] التشريع الإسلامي

ليس في التشريع الإسلامي هذا التقسيم الحديث وإنما الذي كان مصطلحًا عليه عقار وملحق بالعقار فهو عقار ومنقول وملحق بالمنقول لهذا ستكون المقارنة على هذا الأساس .

« فالعقار بالطبيعة هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر » [1] بحيث لا يمكن أن ينقل ولا أن يكون منقولًا ، فالأرض وباطنها والمزروعات من أي نوع ، والثمار التي على الشجر ولم تنضج وفروع الشجر التي لم تقطع عقار [2] فإن جنى الثمر أو حصد الزرع أو قضب الشجر فالثمر المجني والزرع المحصود وتقضيب الشجر اعتبر منقولًا .

فإن بيع الثمر أو المحصول الزراعي الذي يُجْنى وأصله ثابت كمقثأة وبطيخ مثلًا على أصوله وأفرع الشجر على جذوعها اعتبر عقارًا حتى يجني الثمر أو يجمع القثاء أو البطيخ أو تقطع الأفرع فهي ليست منقولة ما دامت متصلة بالعقار فهي عقار .

وكل هذا ما لم تكن الثمرة تم نضجها وإلا فهي منقول ، وأما الزرع الذي لا يجنى بل يحصد كالقمح والشعير ففيه خلاف ؛ والصحيح أنه لا شفعة فيه تبعًا للأرض ولو بيع معها فهو معتبر منقولًا . لكن ظاهر هذا أنه إذا استوى على ساقه ليس من العقار ولا ملحقًا به ، ويقال : إنه عقار تبعًا للأرض ما دام لم يفصل عنها ، ولكل وجهة .

وأما أفرع الشجر فهي تبع للشجر فهي عقار حتى تفصل بالفعل ، وأما الزرع الذي يُجْنَى ويبقى أصله بالأرض كالقرع والباذنجان فثمرته عقار ما لم تستو للأكل وتجمع ، وإلا فهي منقول بمجرد الصلاحية للأكل والجمع .

فالحجز على الثمر الناضج حجز على منقول ، وعلى غير الناضج حجز على عقار . والمنزل المباع للأنقاض ما دام قائمًا فهو عقار فإن هدم فما خرج من أخشاب وطوب وخلافه فهو منقول . وكذلك الأنقاض المجلوبة للبناء ، فإن بنيت بالفعل فهي عقار ، وإن بقيت أنقاضًا فهي منقول .

والمباني بشرط ثباتها واتصالها بالأرض عقار ، فإن كانت غير ثابتة ، ويمكن نقلها بحالتها أو جرها كذلك فهي منقول . والماسورات والبرابخ الموصلة للمياه في البيوت وفي الأراضي من العقارات ، لأنها إما بناء متصل بالأرض أو في حكمه ، وكذا الزرع المبذور .

وطواحين الهواء والماء من العقار وآلاتها من المنقول ؛ فإن كانت هذه الآلات

(1) قاعدة : العقار بالطبيعة هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر .

(2) جاء تعريف العقار في المادتين 63 ، 64 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية على نحو يختلف مع ما أخذ به المذهب الحنفي كما تقدم .

مجبسة أو مبنيًا عليها أرصفة أو جزءًا من دار فهي عقار تبعًا لما اتصلت به .

ملكية العقار عقار لأنها جزء من العقار اعتبارا ، وإن كانت صفة للمالك أو علاقة المالك بملكه [1] .

بند [309] عقار بالتخصيص

القانون الفرنسي : العقار بالتخصيص هو مواد منقولة بطبيعتها الجسمانية اعتبرها القانون عقارا طبيعيًا بسبب علاقتها الوثيقة وقد رتب المالك بينهما وبين العقار الطبيعي صلة جعلتها تابعة له وملحقة به [2] .

العقار بالتخصيص قسمان :

أولًا : المواد المخصصة للعمل في معمل أو فابريكة لأجل استغلالها سواء أكان الاستغلال زراعيًا أم صناعيًا أم تجاريًا بشرطين :

1 - أن يكون المحل مبنيًا خاصة أو مصلحًا للاستغلال الزراعي أو الصناعي .

2 - أن تكون هذه المواد وضعت أو ركبت بمعرفة المالك نفسه ، لا من المستأجر ولا من المنتفع ، ففي الاستغلال الزراعي يلحق بالعقار ما يأتي :

1 - الحيوانات المرتبطة بالزراعة .

2 - الآلات الزراعية .

3 - البذرة المعطاة إلى الشغالة أو إلى المزارعين .

4 - تربية الحمام .

5 - تربية الأرانب .

6 - أسماك المستنفع الراكد .

7 - التبن والسماد .

وفي الاستغلال الصناعي والتجاري يلحق بالعقارات ما يأتي :

---

(1) اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك . ومذهب مالك أنها ثلاثة أنواع : أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين ، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل ، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ... بداية المجتهد جـ 2 ص 257 .

(2) انظر : البنود من 517 إلى 526 في الباب الأول ، من الكتاب الأول من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

1 - معاصر العنب والتفاح والمطابع .

2 - مولد البخار .

3 - آلات التقطير ومواعين النبيذ والبيرة .

4 - الخيل الضرورية لسير العمل في الفابريكة .

5 - المواد السائرة في شركة سكة الحديد .

6 - البنوار وآلة تسخين الماء والحنفيات المستعملة في عمارة الحمام .

7 - الماكينات ولوازم التياتروات .

8 - الطرابيزات والبنوكة والأرفف في الدكان .

ثانيًا : القسم الثاني من العقار بالتخصيص ، وهي الأشياء المتصلة أبديًا بالمسكن بشرط أن يكون اتصالها بفعل المالك نفسه اتصالاً جسمانيًا بجبس أو أسمنت بحيث إذا فصلت تكسر أولا تصلح للاستعمال كالمرايات في حائط محل السكن ، اللوحات في الحائط ، والورق المجعول غطاء للحائط .

بند [310] التشريع الإسلامي

المواد المخصصة للعمل في معمل أو فابريكة لأجل استغلالها بأي نوع إن كانت ثابتة متصلة بالعقار فهي عقار ملحقة به ، وإن كانت منقولة من مكان لآخر فهي منقول . ومقتضى كون المحل كان مبنيًا خاصة للاستغلال ، وأن المالك وضع أو ركب هذه المواد في نفس هذا المحل ، وأنه آجره بما فيه للاستغلال فتكون هذه المواد ثابتة فتكون تبعًا للعقار .

فالحيوان المرتبط بالزراعة رقًّا أو حيوانًا تجوز فيه الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار ، فإن بيع منفردًا فلا شفعة فيه فهو إذًا عقار تبعًا ، وكذا آلات الزراعة دون البذور والحمام والأرانب والأسماك [1] لأنها منقولات [2] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاءت به المادة 65 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ومقابلاتها في المدني المصري والأردني والعراقي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ص 15) .

(2) جاء في الشرح الكبير 475/3 وما بعدها أنه لا شفعة لوارث من معين موصى له ببيع جزء من دار الميت من =

معاصر الزيوت والمطابع ومولد البخار والكهرباء وآلات التقطير إن كانت ثابتة فهي عقار تبعًا ، وإن كانت منقولة ففيها خلاف ، لأنه تجوز فيها الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار .

وكذا آلات السكة الحديد لأنه يمكن نقلها ، لكن تجوز فيه الشفعة أيضًا تبعًا للسكة الحديد نفسها . والبنوارات وآلة تسخين الماء وحنفيات الحمام وماكينات التياتروات والأرفف في الدكان عقارات قطعًا لأنها ثابتة .

والقاعدة في مثل هذه الأشياء أنها متى كانت ثابتة في الأرض أو مجبسة أو مجصصة في العقار فهي عقار قطعًا . فإن كانت ضرورية للعمل التجاري أو الزراعي أو الصناعي ، ويتوقف العمل عليها ، فهي عقار إن بيعت تبعًا للعقار ؛ فيجوز للشريك الباقي أن يأخذها بالشفعة تبعًا للعقار ، ومعنى هذا أنها عقار في حقه على هذه الحالة ، والشفعة لا تكون إلا في العقار وما يتبعه ، فإن بيعت منفردة فلا شفعة فيها وهي منقولة لأنه لا شفعة فيها ، وهي منقولة لأنه لا شفعة في المنقول [1] .

وكل ما كان متصلًا اتصالًا جسمانيًا بجبس أو أسمنت بالحائط فهو عقار كالمرايات المثبتة في داخل الجدار واللوحات المرسومة في الحائط والورق الملصوق غطاء للحائط فإن كانت معلقة على الحائط فهي منقولة [2] .

= ثلثه ، والثلث يحمله لأن الميت قصد نفع الموصى له ، ويجب تقييده بما إذا كانت كلها للميت . أما إذا كانت بينه وبين أجنبي ، أو بينه وبين الوارث وجب الأخذ بالشفعة لكونه شريكًا لا وارثًا . والعقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ، فلا شفعة في حيوان أو عرض إلا تبعًا ، ولو كان العقار مناقلًا به . والمناقلة بيع العقار بمثله . وله صور منها أن يكون لشخص حصة من دار ولآخر حصة من أخرى فناقل كل منهما الآخر فلشريك كل منهما الأخذ بالشفعة ممن ناقل شريكه ويخرجان معًا من الدارين ، ويشترط في العقار الذي فيه الشفعة قبوله القسمة ، لا إن لم يقبلها أو قَبِلها بفساد كالحمام والفرن 475/3 ، 476 .

(1) قاعدة : لا شفعة في المنقول .

(2) اتفق الفقهاء المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها لكنهم اختلفوا في الشفعة في الحمّام ، والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عند مالك . بداية المجتهد جـ 2 ص 257 ، 258 والكافي لابن عبد البر ص 436 وما بعدها .

بند [311] فوائد عملية في التفرقة
بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص

القانون الفرنسي :

أولًا : كل شخص ولو له حق التمتع أو مستأجر أو فلاح يمكنه عمل عقار بالطبيعة ولا يمكن لأحد غير المالك عمل عقار بالتخصيص [1] .

ثانيًا : الضريبة المرتبة على العقار لا تصيب إلا العقار بالطبيعة ولا تؤخذ عن العقار بالتخصيص .

ثالثًا : تفضيل بائع المنقول يفقد حينما ينقلب المنقول عقارًا طبيعيًّا (كأدوات البناء المستعملة في البناء بالفعل) بينما يبقى حق تفضيل بائع المنقولات على العين المباعة حتى مع تحويل المنقول إلى عقار بالتخصيص (كمكينة ركبت في فابريكة العمل) .

رابعًا : عقار بالتبعية لما يترتب عليه :

هذا العقار في ذاته حق من الحقوق فلا هو عقار ولا هو منقول ، لكن القانون أعطاه اسم الشيء الذي يؤخذ أو يترتب عليه ، فكل حق ترتب على عقار يعتبر عقارًا قانونًا تبعًا لما ترتب عليه وذلك :

(1) حق الانتفاع بريع العقار .

(2) حق الارتفاق (استعمال عقار لمنفعة عقار آخر) .

(3) دعاوى استرداد العقار .

(4) الرهن وحق الامتياز على العقار .

(5) الحقوق الناتجة عن امتياز المناجم .

(6) الحقوق الناتجة عن امتياز أو عن إيقاف امتياز السماح بتنظيم القوة المائية . وأما نفس ملكية العقار فتدخل في قسم العقار بالطبيعة .

---

(1) انظر : البنود من 517 إلى 526 ، في الباب الأول ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 116 : 118 .

رابعًا : العقار بالإقرار :

والعقار بالإقرار هو بعض السندات المالية التى لمالكها الحق في جعلها عقارًا بإقرار بسيط يسجل في سجل التحويل ، والسندات التي يجوز له تحويلها هي :

(1) أسهم بنك فرنسا . (2) أسهم قنال دى ميدى .

(3) الإيراد المرتب على الحكومة قبل 12 مايو سنة 1835 .

بند [312] التشريع الإسلامي

الفوائد العملية المذكورة ترتبت على اصطلاح التشريع الوضعي من وجود عقار بالطبيعة وعقار بالتخصيص ، لكن التشريع الإسلامي يرى كما سبق الإشارة إليه العقار وما يلحق به فهو عقار تبعًا .

وأما حق الانتفاع بريع العقار ودعاوى استرداده والحقوق الناتجة من امتياز المناجم أو من القوة المائية فهي عقار اعتبارا فقط ، لا بمعنى أنها ثابتة ، ولا من الأرض وما يتصل بها جسمانيًا ، ولكنها تتصل به اعتباريًا .

وأما حقوق الارتفاق والرهن وحق الامتياز على العقار ، فهي مرتبطة بالعقار تمام الارتباط [1] بمعنى أن فيها حق الشفعة بين الشركاء تبعًا للعقار وإن كان لا يصح بيعها ولا التنازل عنها استقلالًا [2] .

أما حقوق الارتفاق فهي لمالك العين المنتفعة ، فإن تعدد الملاك وتنازل البعض عن حصته فلا يؤثر في حق الشريك الآخر على حصته [3] ، وأما الرهن أو حق

(1) قاعدة : حقوق الارتفاق والرهن وحق الامتياز على العقار مرتبطة بالعقار تمام الارتباط .

(2) يتفق هذا مع ما جاء في المادة 1132 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :

1 - للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

2 - ويكون لامتياز المتقاسم ذات المرتبة التي لامتياز البائع أو المقايض . فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ . والمادة تتفق مع المادة 1380 من التقنين العراقي . وتتفق مع المادة 1447 من التقنين الأردني . وتتفق مع المادة 1082 من التقنين الكويتي .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(3) قاعدة : حقوق الارتفاق لمالك العين المنتفع بها ، فإن تعدد الملاك وتنازل البعض عن حصته فلا يؤثر في حق الشريك الآخر على حصته .

الامتياز فإن كان لدائنين وتنازل أحدهم بقيت العين مرهونة أو عليها حق الامتياز لباقي الدائنين أو المرتهنين بدون نقص ما بقي درهم واحد من دينهم [1] ، فهي عقار تبعًا للعقار وكذلك ملكية العقار عقار لوجود الشفعة فيها كما سبق [2] .

وليس هناك عقار بالإقرار [3] لأن العقار والمنقول جعلا وصفًا لطبيعة الأشياء من حيث هي ، فلا تخضع لجعل جاعل ما لم ينطبق عليها تعريف أصل وضعها ، فأسهم الشركات وأسهم الحكومات أيًّا كانت من المنقول [4] .

بند [313] المنقول

القانون الفرنسي : المنقول قسمان :

(1) منقول بالطبيعة أو منقول جسماني .

(2) منقول بتحديد القانون ، أو منقول غير جسماني [5] .

أولًا : المنقول بالطبيعة ، وهو كل ما يمكنه الانتقال من مكان إلى مكان سواء أكان متحركًا بنفسه كالحيوانات ، أم كان متحركًا بغيره كالجماد ، وأنواعه كثيرة ، ولكن لا بأس من ذكر أمثلة لذلك (الحيوانات ، البواخر والمراكب والمعديات ، طواحين وحمامات على المراكب غير ثابتين وليسوا جزءًا من عمارة ، المواد الأولية للبناية التي لم تدخل الحائط ، ومواد المباني المهدومة - العملة نقدًا - الحلي - الكتب - المداليات - ثياب الشخص - الحبوب - النبيذ - الدريس .

والمنقول بالتخصيص ، يعني المنقول المخصص للاستعمال ولزينة المساكن كالسجاد والأَسِرَّة والمرايات وساعات الحائط .

ثانيًا : منقول بتحديد القانون وهي الحقوق المتعلقة بالمنقول وهي :

---

(1) قاعدة : الرهن أو حق الامتياز إن كان لدائنين وتنازل أحدهم بقيت العين مرهونة أو مشغولة بحق الامتياز لباقي الدائنين والمرتهنين بدون نقص ما بقي درهم واحد من دينهم .

(2) لو باع أحد الشركاء نصيبه من الشجر أو البناء الكائنين في تلك الأرض فلشريكه الآخر الأخذ بالشفعة . الشرح الكبير 479/3 .

(3) قاعدة : ليس هناك عقار بالإقرار .

(4) الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها . بداية المجتهد جـ 2 ص 257 وإرشاد السالك ص 90 .

(5) انظر : البنود من 527 إلى 536 ، في الباب الثاني ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 118 : 120 .

1 - الالتزامات والدعاوى الخاصة بها كدفع مبلغ واجب الأداء ورفع دعوى لأدائه .

2 - الأسهم المالية وفوائدُها في الشركات المالية والتجارية والصناعية من أحد الشركاء فقط ، أو من تلقوا عنهم المِلْك ، ما دامت الشركة قائمة .

3 - الإيراد الدائم أو مدى الحياة سواء قِبَلَ الحكومة أو الأفراد .

4 - حق الانتفاع والرهن والامتياز على المنقول - الرهن للبواخر - حق الملكية الأدبية (تأليف) على الإنتاج الأدبي أو الفنون الجميلة أو الحقوق الناتجة من حق الاختراع أو العلامات التجارية - حق التاجر على محل تجارته .

بند [314] التشريع الإسلامي

المنقول ما كان منتقلًا بطبيعته متحركًا بطبعه أو بفعل فاعل [1] ؛ فالحيوانات والبواخر والمراكب صغيرة أو كبيرة ، والمعديات وطواحين وحمامات المراكب غير الثابتة على الأرض ، والمواد الأولية للبناء قبل الاستعمال والأنقاض الخارجة من هدم (بشرط عدم تبعية المواد والأنقاض لعقار فيه شفعة وإلا كانا عقارا بالتبعية) والنقود والأمتعة والحلي والكتب والمداليات والثياب والحبوب والزيوت والخل والعسل والسجاد والأسِرَّة وساعات الحائط والفرش والغطاء كلها منقولات بلا نزاع . وكذا الأسهم المالية والإيراد الدائم منقولات [2] .

وأما الالتزامات والدعاوى المتعلقة بالمنقول وحق الانتفاع به ورهنه وحق الامتياز عليه وحق الملكية الأدبية [3] أو الاختراع أو العلامات التجارية فهي حقوق منقولة

---

(1) قاعدة : المنقول ما كان منتقلًا بطبيعته متحركًا بطبعه أو بفعل فاعل .

(2) يقابل ذلك المادة 66 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

كما يقابل المادة 85 مدني مصري وهي تجري على النحو الآتي : « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد ، أو القياس ، أو الكيل ، أو الوزن » .

انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في التعليق على المادة 66 منه .

(3) نص الدردير على حق الشريك في الشفعة في شيء لا ينقسم بين الشركاء كحمام وفرن وحانوت وبرج وطاحون وفصل أحكامه في الشرح الكبير جـ 3 ص 192 ، 256 وما بعدها وناقش ذلك ابن رشد في بداية المجتهد جـ 2 ص 256 وما بعدها .

اعتبارية [1] .

بند [315] الإيراد

القانون الفرنسي : معنى كلمة الإيراد في لغة القانون شيئان [2] :

1 - تدل على نفس العقد الذي ينتج عنه الإيراد .

2 - على الحق الناتج عن هذا العقد .

أولًا : عقد الإيراد هو عقد يتعهد فيه شخص يسمى (مدين إيراد) إلى شخص آخر يسمى (دائن إيراد) بدفع أقساط سنوية من النقود ، سواء بلا مقابل ، فيدخل في باب الهبة ، أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود .

ثانيًا : الإيراد معتبر حقًّا ، وهو الصفة التى يملكها (دائن الإيراد) وبها يطالب شخصًا آخر (مدين الإيراد) بأداء الأقساط السنوية سواء مدة الحياة أو مدة غير محدودة .

ترتيب الإيراد :

يمكن ترتيب الإيراد والنظر إليه من ناحيتين : ناحية مدة ترتيبه . وناحية سبب منشئه .

أولًا : **ناحية ترتيبه** : الإيراد من ناحية ترتيبه يكون لمدة الحياة أو مؤبدا ، فالإيراد لمدة الحياة هو الذي لا يطالب مستحقه (دائن الإيراد) بأقساطه إلا مدة الحياة .

والإيراد المؤبد هو الذي يطالب مستحقه بأقساطه لغير أمد .

ثانيًا : **سبب إنشائه** : يكون إيرادًا عقاريًّا ويكون سبب إنشائه بيع عقار لآخر على أن يرتب للبائع مبلغًا معينًا كل سنة من ثمن هذا العقار .

ويكون إيرادًا مرتبًا منقولًا إذا كان سبب إنشائه ترك رأس مال منقول كقرض الحكومة 100 مائة فرنك على أن تدفع 5 % عن كل 100 فرنك .

وهذا الإيراد كما يجوز أن يكون مدة الحياة يكون أبديًّا .

---

(1) قاعدة : الالتزامات والدعاوى المتصلة بالمنقول وحق الانتفاع به ورهنه وحق الامتياز عليه وحق الملكية الأدبية أو الاختراع أو العلامات التجارية حقوق منقولة اعتبارية .

(2) انظر : البنود من 582 إلى 636 ، في الكتاب الثالث من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

بند [316] التشريع الإسلامي

الإيراد بمعنى عقد الإيراد الذي يتعهد فيه شخص إلى آخر بدفع أقساط سنوية من النقود سواء بلا مقابل أو بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود غير موجود في التشريع الإسلامي وذلك .

أولًا : إن كان عقد الإيراد بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود فهو عقد باطل [1] ؛ لأن كل عقد معاوضة يجب فيه معرفة قيمة المعوض والمعوض عنه قدرًا ونوعًا وكمية [2] ، ففي البيع مثلًا يجب معرفة العين المباعة بالتحديد وقيمة الثمن خمسين أو مائة ، ولكن عقد الإيراد الثمن الذي سَيُدفَع أقساطًا غير معلوم ، لأنه متعلق بحياة (دائن الإيراد) وهي مجهولة ، لهذا فهو غير صحيح ، وكل عقد جر خطرًا وكان مرجعه الظروف والحظ أو القضاء والقدر فهو باطل [3] ، لأنه يجب أن تصان أفعال العقلاء عن العبث وأن تكون أعمالهم محدودة حسب ما يعلمون ، فلا تمتد إلى ما يجهلون .

ثانيًا : إن كان عقد الإيراد بلا مقابل فهو هبة [4] ، والهبة تمليك ذات محدودة تملك شرعًا وتنتقل لمستحق وهنا تمليك مثلي كل سنة مثلًا مدة حياته ، اللّهم إلا إذا كانت صدقة جارية من ريع عين موقوفة مثلًا حددها الواقف فهي صحيحة ، كمن شرط في كتاب وقفه إعطاء شخص معين مبلغًا معينًا من ريع وقفه كل سنة ، فهو عقد ملزم للواقف ولناظر الوقف ، وبصفة الاستحقاق هذه يملك الموقوف عليه طلب أداء المبلغ المعين له في الوقف ، سواء لمدة محددة أو مدى الحياة حسب شرط الواقف .

فالقدر المعين في الوقف للموقوف عليه إيراد ، وهو بغير عوض ، فهو صحيح كعقد إيراد .

وفي التشريع الإسلامي نوع من الهبة يقال له : « العُمْرَى » وهي أن تعطي منفعة شيء معين كبيت لشخص مدة حياته بلفظٍ (كأعمرتك بيتي هذا أو أعطيتك هذا

---

(1) قاعدة : عقد الإيراد بمقابل مع مبادلة عقار أو رأس مال بنقود عقد باطل .

(2) قاعدة : كل عقد معاوضة يجب فيه معرفة قيمة المعوض والمعوض عنه قدرًا ونوعًا وكمية .

(3) قاعدة : كل عقد جر خطرًا وكان مرجعه الظروف والحظ والقضاء والقدر فهو باطل .

(4) قاعدة : كل عقد إبراءٍ بلا مقابل فهو هبة .

تنتفع به مدة عمرك) فهي صحيحة ، وتصبح إيرادًا للشخص مدى الحياة ، وعقدها نوع من أنواع عقود الهبة وأحكامها هي أحكام الهبة سواء بسواء [1] .

فالإيراد لمستحق الوقف أو العُمْرَى يكون مدى الحياة في الوقف بالشرط ، وفي العمري بموجب العقد [2] وسبب إنشائه دائمًا العقار الموقوف أو العمر .

وأما الإيراد الذي يترتب على ترك رأس مال منقول نظير فائدة معينة كقرض الحكومة فإنه يدفع 5 % كل عام فهو ممنوع شرعًا لأنه ربا والربا غير جائز . وقد اختلف علماء الاقتصاد في التعامل بالربا أو تشغيل النقد بالربح ، فبعضهم منعه وبعضهم أجازه ، والشرع الإسلامي يدعو الناس للعمل فلا يجلس غني يربح من إقراضه للناس بلا تحمل مكسب أو خسارة .

وأما أسهم الشركات التجارية أو التعاونية فإنها نوع من التجارة فيلحقها الربح والخسارة فيقدر الربح أو الخسارة على عدد الأسهم فهي جائزة قطعًا .

بند [317] قواعد عامة لكل إيراد

القانون الفرنسي : كل إيراد خاضع للقواعد الآتية :

أولًا : كل إيراد يكوّن حقوق الدائن .

ثانيًا : يدخل الإيراد في طبقة المنقول .

ثالثًا : الإيراد دين غير واجب الأداء بأصله فقط ، يدفع مدين الإيراد أقساطه المرتبة سنويًا ، وليس لصاحب الإيراد طلب ثمن المنزل الذي كان سببًا في ترتيب الإيراد السنوي .

وكل إيراد أبدي سواء أكان مرتبًا أم عقاريًا يكون قابلًا للمشترى ، يعني يجوز لمدين الإيراد التخلص من دفع الأقساط السنوية إلى الدائن ، بدفع رأس المال مرة واحدة الذي كان سببًا في ترتيب الإيراد .

---

(1) يقول ابن عسكر : العُمرَى هبة السّكنى مدة عمر الموهوب ، فإذا انقضت عادت لمالكها أو وارثه إلا أن يعمره وعقبه فتمتد إلى انقراضهم والإخدام كالعمرى . إرشاد السالك ص 106 . بداية المجتهد 485/2 .

(2) قاعدة : الإيراد لمستحق الوقف أو العمرى يكون مدى الحياة في الوقف بالشرط ، وفي العمرى بموجب العقد .

الخلاف بين الإيراد الأبدي المرتب والعقاري هو أن عقد الإيراد العقاري نوع من بيع العقار بينما أن عقد الإيراد المرتب هو شكل قرض بفائدة وهو شكل قرض الحكومة العادي [1] .

فينتج عن ذلك ما يأتي :

أولًا : مقدار أقساط الإيراد العقاري السنوية يمكن تحديدها بحرية بين الطرفين بينما أن مقدار الأقساط السنوية للإيراد المرتب يجب ألا تزيد عن 5 % وإلا كان ربا يطبق عليه القانون قبل قانون 1918/4/18 .

ثانيًا : أفضلية بائع العقار وإبطال العقد لغبن فاحش في الثمن أزيد من 7 – 12 يطبق في عقد الإيراد العقاري دون عقد الإيراد المرتب .

ثالثًا : التأخير في دفع قسط واحد من الإيراد العقاري يكفي لفسخ العقد ، بينما أنه لحل عقد الإيراد المرتب يجب عدم الدفع سنين .

رابعًا : يمكن للطرفين المتعاقدين تأخير زمن المشترى في الإيراد المرتب إلى عشر سنين وفي الإيراد العقاري إلى ثلاثين سنة .

خامسًا : يمكن للطرفين تحديد رأس المال الذي سيدفع بحرية تامة في عقد الإيراد العقاري ، ولا يمكنهما تحديد رأس المال أزيد من رأس المال المدفوع في عقد الإيراد المرتب وإلا اعتبر العقد باطلًا لتلوثه بالربا الفاحش .

خصوصيات إيراد مدى الحياة : يختص عقد الإيراد مدى الحياة بما يأتي :

أولًا : عقد الإيراد مدى الحياة عقد خاضع للقضاء والقدر يحتمل الكسب أو الخسارة من أحد الطرفين متعلقًا بحياة الدائن طولًا وقصرًا .

ثانيًا : عقد الإيراد مدى الحياة غير قابل للمشترى في أي لحظة ولا لأي سبب ولا يمكن للمدين إكراه دائنه على قبول رد رأس المال إليه ليتخلص من دفع الأقساط لأنه عقد حظ .

---

(1) انظر : البنود من 582 إلى 636 ، في الكتاب الثالث من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 130 : 142 .

ترتيب آخر للأملاك

يمكن ترتيب الأملاك كالآتي :

أولًا : شيء جسماني وشيء غير جسماني .

ثانيًا : شيء يستهلك بالاستعمال الأولي وشيء لا يستهلك به كالزيت والحصان .

ثالثًا : شيء قابل للتقدير عدًّا أو وزنًا أو كيلًا ، وشيء غير قابل للتقدير .

بند [318] التشريع الإسلامي

يصح أن يكون الإيراد من قبيل المنقول اعتبارًا لكنه تابع للعين الموقوفة وجودًا وعدمًا أو للعين المعمرة كذلك فلو زالت عين الوقف ولا ريع فيه فلا يأخذ الموقوف عليهم شيئًا ولو هدمت الدار المعمرة كذلك فهو من هذه الناحية حق عقاري ، وقد عرفنا أن التشريع الإسلامي لا يقر بالإيراد نظير بيع أو تنازل عن رأس مال لعدم صحته للجهالة الفادحة .

فلا يجوز التخلص من دفع المبلغ المعين سنويًّا للموقوف عليه ، وللموقوف عليه الحق في التنازل لغيره مدة أو طول حياته ، ولا يمكن لمدين الإيراد (عين الوقف ، أو العين المعمرة) التخلص من دفع الأقساط بل يجب تنفيذ شرط الواقف ويعزل ناظر الوقف لعدم تنفيذه ويحكم وينفذ الحكم ككل الأحكام بدفع الاستحقاق ، ولا يمكن للطرفين تحديد نصيب الإيراد بل هو محض اختيار الواقف وتقديره ، فهو تبرع وهبة منه .

ولا يفسخ عقد الوقف ولا العمرى للتأخر في دفع المستحق بل يقاضي ناظر الوقف للحكم بالمبلغ المعين ولتسليم العين المعمرة إذا أخذت اغتصابًا ، ولا يصح تأخير النصيب المستحق إلا لتعمير أعيان الوقف ربما بحفظ عينها لتؤتي ثمراتها . والتعمير من غلة الوقف واستحقاق المستحقين ؛ إذ لولا التعمير ما وصل لأيديهم شيء .

والقاعدة العامة أن كل عقد خاضع للقضاء والقدر ويحتمل الكسب والخسارة وخارج عن تقدير الناس فيما تعورف بينهم في تقدير العواقب فهو

باطل [1] لا تترتب عليه آثاره [2] .

والشيء جسم كالمنزل وغير جسم كالمديونية وكلاهما يصح ملكه ، وشيء يستهلك بالاستعمال كالزيت والثوب ، وشي لا يستهلك كالمنزل والحصان وكلاهما يصح تملكه . والشيء يكون مثليًا أو مقومًا ؛ فالمثلي ماله نظير وهو المكيل كالقمح والموزون كالحناء والمعدود كالبيض [3] مثلًا ، والقيمي ما كان مرادًا لذاته وليس له نظير كالحصان مثلًا فهو مقوم القيمات أو منزل مثلًا [4] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 131 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :
يكون العقد باطلًا في الحالات الآتية :
1 – إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقًا .
2 – إذا انعدم فيه الرضاء أو المحل أو السبب ، وإذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .
3 – إذا اشترط القانون في العقد شكلًا يكون باطلًا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل ، أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكليا يعتبره القانون ركنا من تكوين العقد .
4 – إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان .
وتقابلها المادة 137 من التقنين العراقي التي تنص على ما يأتي :
1 – العقد الباطل هو مالا يصح أصلًا باعتبار ذاته أو وصفًا باعتبار بعض أوصافه الخارجة .
2 – فيكون العقد باطلًا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع .
3 – ويكون باطلًا أيضًا إذا اختلت بعض أوصافه ، كأن يكون المعقود عليه مجهولًا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون .
وتقابلها المادة 1/168 من التقنين الأردني التي تنص على ما يأتي : « العقد الباطل ما ليس مشروعًا بأصله ووصفه بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده ، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة » .
والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو العقد الباطل في القانون الوضعي . وقد نصت المادة 313 من مرشد الحيران على ما يأتي : « العقد الباطل هو ما ليس مشروعًا لا أصلًا ولا وصفًا ، أي ما كان في ركنه أو في محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلًا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد . وهو لا ينعقد أصلًا ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض .
انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) قاعدة : كل عقد خاضع للقضاء والقدر ويحتمل الكسب والخسارة وخارج عن تقدير الناس فيما تعورف بينهم في تقدير العواقب فهو باطل لا تترتب عليه آثاره .

(3) قاعدة : المثلي ماله نظير وهو المكيل والموزون والمعدود ، والقيمي ما كان مرادًا لذاته وليس له نظير .

(4) أشار ابن رشد إلى العمرى بقوله : « وأما هبات المنافع فمنها ما يشترط الانتفاع بها ما بقيت حياة الموهوب =

بند [319] العلاقة بين الملك والمالك

القانون الفرنسي : قد يمكن أن يكون المالك للشيء فردًا عاديًّا أو جماعة حقيقية أو تقديرية ، وقد يمكن أن يكون المالك الحكومة أو المديرية أو المركز فيكون الملك عامًّا أو خاصًّا ، فيتكون من هذا أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة . والفرق بين أملاك الدولة العامة والأملاك الخاصة ما يأتي [1] :

أولًا : متعلقات أملاك الدولة العامة يكون أجزاء المملكة وهذه عقارات .

ثانيًا : الأملاك العامة للدولة غير قابلة للملكية الخاصة .

ثالثًا : الأملاك العامة للدولة مخصصة للمنفعة العامة لا للخدمة العامة .

ويفرق قانونا بين أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة بأن أملاك الدولة العامة تختلف عن أملاكها الخاصة في أن الأولى غير قابلة للبيع حتى ولو بقانون ، وغير قابلة لسقوط الحق بمضي المدة مهما طال وضع اليد . وأملاك الدولة العامة تشمل : الطرق العامة للشعب . الأنهر والغدران القابلة للملاحة وغيرها . شواطئ البحار . المين والمأمن البحري للمراكب والمرسى .

وأملاك الدولة الخاصة تشمل : أرض طرح البحر . الغابات والأخشاب التى للحكومة . العقارات المخصصة للخدمة العامة كدور الحكومة .

وأملاك المديرية العامة تشمل : طرق المديرية العامة وأملاكها الخاصة ، والعقارات المخصصة للخدمة العامة كالمديريات والمحاكم ومحكمة الجنايات والسجون الخاصة بالمديرية .

أملاك الأقسام الإدارية العامة كالمركز تشمل : الطرق القروية والطرق الحقلية والرحاب والشوارع والممرات في المدن والقرى . وأملاكها الخاصة هي الأملاك المخصصة للمنفعة العامة .

= له ، وهذه تسمى عمرى واختلف فيها العلماء على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبتوتة أي أنها هبة للرقبة ، الثاني أنه ليس للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه » ... بداية المجتهد جـ 2 ص 491 الشرح الصغير جـ 3 ص 348 .

(1) انظر : البنود من 537 إلى 543 ، في الباب الثالث من الكتاب الأول ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 121 ، 122 .

والأملاك المؤجرة للأفراد التي تدر ثمارا مدنية . والأملاك الخاضعة لمنفعة الأهالي من طبيعتها كالخشب والمرعى والأرض البور .

بند [320] التشريع الإسلامي

الشيء المملوك قد يكون لشخص واحد فتسمى ملكية فردية وقد يكون لأكثر من واحد فتسمى شركة ، وقد يكون المالك شخصًا حقيقيًا كزيد وعمر ، وقد يكون شخصًا اعتباريًا كبيت المال (المالية) أو الحكومة ممثلة في وزارة المالية ، وقد يكون النفع بأملاك الدولة عامًا للجميع فتسمى أملاك الدولة العامة كالمين والطرق المعبدة المارة بأكثر من مديرية مثلًا [1] ، وقد يكون النفع خاصًا بمحلة أو قرية فيسمى ملكًا للدولة خاصًا [2] .

ولكن لا فرق في الأحكام بين أملاك الدولة العامة والخاصة كما سيأتي .

والقاعدة أن كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية [3] ؛ فإن كان حبسًا (موقوفًا) فالقيام عليه للمتولي عليه بالأصول الشرعية ، وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال ، فأملاك الدولة غير قابلة للتملك بوضع اليد وهي مخصصة للمنفعة العامة .

---

(1) يقابل ذلك ما جاء في المادة 68 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :
1 – تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص .
2 – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالحيازة أو بالتقادم المانعين من سماع الدعوى » .
ويتضح من نصوص الدستور المصري أن الأموال العامة أربعة : النوع الأول : يشمل الأموال العامة ، النوع الثاني : يشمل الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، والنوع الثالث : يشمل الأموال التعاونية ، والنوع الرابع : يشمل الأموال الخاصة . (م 29 – 32 من الدستور) .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) أموال الدولة الخاصة يراد بها كل ما هو مملوك للدولة عدا الأموال العامة من أدوات التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الأراضي أو المباني أو غير ذلك . انظر : المذكرة الإيضاحية في المادة 68 من مشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية .

(3) قاعدة : كل ملك ليس لأحد عليه تصرف بالملكية فإن كان حبسًا (موقوفًا) فالقيام عليه للمتولي عليه بالأصول الشرعية وإن كان مجهول الأرباب فالأمر فيه لبيت المال .

ويجوز لبيت المال أن ينقل ملكية أملاك الدولة العامة أو الخاصة للغير بأي وجه من وجوه التمليك متى رأى المصلحة في ذلك ، ولا داعي للنقل من أملاك عامة للدولة إلى أملاك خاصة للدولة ثم تمليكها ، فاللف والدوران لا معنى له حيث يجوز لبيت المال التصرف في أملاك الدولة بجميع أنواع التصرفات ما دامت المصلحة في التصرف موجودة .

وتشمل أملاك الدولة التي يديرها ويرعاها (بيت المال) : الشوارع والطرق والسكك والأنهر بأنواعها وشواطئ البحار وما يتخلف عنها والسواحل والمين والأراضي التي لا مالك لها ، وكل ما جهلت أربابه ، وتركة من توفي لا عن وارث ، أو عن وارث [1] وأسقط حقه لخصوص بيت المال والاستحكامات والقلاع والحصون ، والعقارات المخصصة للخدمة العامة كدور الحكومة والمستشفيات والمدارس المملوكة للحكومة ودور القضاء ومراكز البوليس إلخ .

وليس هناك أملاك خاصة للمديريات والمراكز ، ولا أملاك عامة ، بل كل ذلك من أملاك الدولة ، والقائم عليه هو بيت المال غير أن المنصوص عليه أنه إذا عمر جماعة قرية أو بلدًا فإنهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم ولا يشاركهم غيرهم فيه ولا يختص بها بعضهم دون البعض [2] ، فكانت هذه المنفعة خاصة من أملاك الدولة لأن الحرم والمحتطب والمرعى في أرض الدولة وهي ملك لها ومنفعته للجميع .

فإن رأى بيت المال تخصيص قوم دون آخرين من أهل محلة واحدة أو بلد واحد بما هو منفعة عامة للجميع فلا يكون في ذلك مصلحة ولأهالي البلد الباقين مقاضاته في ذلك .

---

(1) تعتبر التركات التي لا وارث لها من أموال الدولة الخاصة . فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 71 لسنة 1962 بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث على أنه « تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بجمهورية مصر العربية والتي يَخْلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم » . ومن هذا فإن أموال هذه التركات لا تعتبر أموالًا مباحة ، فلا يجوز تملكها بالاستيلاء ؛ لأن الدولة تملكها بمجرد وفاة المالك بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 886 .

(2) قاعدة : إذا عمر جماعة قرية أو بلدًا فإنهم يختصون بها وبحريمها من محتطب ومرعى لدوابهم ولا يشاركهم غيرهم فيها ولا يختص بها بعضهم دون البعض .

ولبيت المال التصرف في أملاك الدولة بما يرى فيه المصلحة ، ولا تتملك المنافع العامة بوضع اليد المدة الطويلة .

بند [321] جـ - الملكية في ذاتها

القانون الفرنسي :

نظرة عامة : الملكية هي الحق المتعلق بشخص على شيء محدود يُمَكِّن ذلك الشخص أخذ منفعة قانونية مباشرة من ذلك الشيء ، أو الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء مطلقًا بشرط عدم عمل شيء ممنوع بالقانون أو اللوائح .

وصفات الملكية المتفق عليها (1) :

أولًا : الملكية هي حق عيني لأنها تستعمل مباشرة على شيء لا ضد شخص .

ثانيًا : الملكية هي حق مانع للغير بمعنى أنه ليس لغير المالك الانتفاع بما ملك من ناحية ملكه ، وبمعنى أنه لا يمكن ملكية شيء واحد لشخصين ملكًا تامًّا لكل منهما .

ثالثًا : الملكية حق مستمر بمعنى أن المالك إذا مات انتقل حق ملكيته إلى ورثته أو إلى من أوصى بها لهم فليست محدودة بوقت محدد .

نماذج الملكية :

يمكن وجود الملكية في أربعة أشكال :

أولًا : الملكية تكون خالصة وسهلة وهو شكلها الطبيعي .

ثانيًا : الملكية تكون مشروطة بشروط مُوقِفَة أو مُلْغِيَة .

ثالثًا : الملكية تكون لكثيرين في جزء من شيء ويكوِّن الملكية .

رابعًا : الملكية تكون مشاعة حينما تكون مملوكة لشخص معنوي كأملاك الشركات (2) .

---

(1) انظر : البنود من 544 إلى 546 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

(2) يقول ابن عسكر : « تجوز الشركة بالنقد والعروض ويجعل رأسَ المال قيمتُها ، ويشترط خلطها حقيقة أو حكمًا ، وهي عنان وهي أن لا ينفرد أحدها بالتصرف ومفاوضة وهي أن يمضي تصرفَ كلٌّ صاحبهُ » . إرشاد السالك ص 91 وبداية المجتهد جـ 2 ص كتاب الشركة ص 377 ومواهب الجليل جـ 5 ص 117 ، 188 .

بند [322] التشريع الإسلامي

الملكية هي الحق المطلق الذي لشخص على الشيء المملوك [1] ، وتشمل ثلاثة أشياء : حق ملكية نفس العين ، وحق ملكية المنفعة وحق الملكية التبعية القسرية كالتطرق والمرور .

فالملكية حقٌّ على العين للمالك مانعٌ للغير وقت الملكية ، بمعنى أن الملكية صفة واحدة للشيء المملوك فلا تتعدد لأشخاص في وقت واحد على جزء معين .

والملكية ليست حقًّا مستمرًّا ، بمعنى أن المورِّث إذا مات فقد انقطع ملكه بموته ، فيحل محل ملكه ملك الورثة ، بدليل أن تصرف المريض مردود فيما زاد على الثلث ، إلا إذا أجازه الورثة ، وبدليل أن وصية المتوفى لا تنفذ إلا في الثلث ، إلا إذا أجازها الورثة ؛ فلو أن ملكية المتوفى مستمرة لجاز منه هذه التصرفات . ولا يحق للورثة منع ما زاد عن الثلث . حتى إن الورثة إذا أجازوا ما زاد على الثلث في تبرُّع المتوفى أو في وصيته يعتبر هذا ابتداء عطية منهم من وقت الإجازة ، ومن أجاز يسري في نصيبه فقط لا على الورثة الباقين الذين لم يجيزوا [2] .

فالملكية محددة بحياة المالك فإن مات انقطعت ملكيته للتركة وابتدأت ملكية كل فرد من الورثة لما ورث .

وقد تكون الملكية خالصة بلا قيد ولا شرط وقد تكون بشروط ملغية لها أو موقفة .

وقد تكون الملكية لأفراد حقيقيين كما تكون لشخص معنوي .

بند [323] الملكية القابلة للإلغاء

القانون الفرنسي : الملكية القابلة للإلغاء هي حق الملكية المتعلق بشخص على

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » انظر : المذكرة الإيضاحية ص 319 .

(2) يشير الدسوقي إلى الحكم ببطلان الوصية فيما زاد على الثلث ، وإلى بطلان الوصية للوارث ، ويعتبر أن إجازة الورثة للزائد عن الثلث وللوارث هو تصرف مبتدأ بالهبة ، وليس تنفيذا للوصية بحكم كونها باطلة . الشرح الكبير 427/4 .

شيء والذي يكون قابلًا للاختفاء في الماضي إذا وجد حادث مستقبل مشكوك فيه كبيع شيء بشرط استرداده للبائع من المشتري في مدة كذا ، أو كبيع عقار لم يقم أحد الطرفين بالوفاء بما تعهد به فيجوز إلغاء الملكية فيشمل الماضي (1) .

بحث الملكية في ثلاثة أوقات : لتحديد ما ينتج عن الملكية القابلة للإلغاء يجب البحث في ثلاثة أوقات :

أولًا : مدة تعليق الشرط ما دام الشرط معلقًا فالمشتري مالك للعقار المبيع مثلًا بشرط مُلغ ، والبائع مالك للعقار نفسه بشرط معلق .

1 – المشتري مالك بشرط ملغ ملكية ليست نهائية ويصح نقضها ، لكن له حق الملكية فله حق الإدارة بكافة أنواعها وله حق الرهن والبيع وترتيب المنفعة والهبة إلخ جميع أنواع التصرفات ، وتورث عنه لورثته ، لكن كل هذه التصرفات مقيدة بشرط ملغ كما قيدت ملكيته به .

2 – البائع مالك بشرط معلق ، ما دام الشرط معلقًا لملكيته فلا علاقة له بالعين المباعة ولا يمكنه الحصول على فائدة مادية من تلك العين ، له على العقار حق متعلق بشرط فينتقل بموته إلى ورثته ، ويمكنه حال حياته ترتيب حقوق عينية على العين المباعة ، بل وبيع حق ملكيتها بنفس الشرط المعلق لملكيته .

ثانيًا : مدة وجود الشرط ، متى تحقق الشرط المتفق عليه تحقق الإلغاء ، وينسحب على الماضي ، وكأن المشتري لم يشتر أبدًا والبائع بقي مالكًا للعقار المبيع .

1 – المشتري يعتبر كأنه ما كان مالكًا أبدًا ، فينتج من هذا أن ما صدر من تصرفات المشتري في العين المبيعة مدة وجودها تحت يده وما رتب عليها من حقوق عينية تكون لاغية وكأنها ما كانت ، ويستثنى من ذلك الأعمال الإدارية المحضة التي صدرت من المشتري قبل تحقق الشرط فهي صحيحة قِبَل البائع .

2 – البائع يعتبر كأنه بقي مالكًا ولم يبع ، وينتج من هذا أن الحقوق العينية التي رتبها البائع على العين المباعة قبل تحقق الشرط قد تأكدت وهي صحيحة قانونًا .

---

(1) انظر : البند 544 وما بعده ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

ثالثًا : مدة عدم تحقق الشرط : إذا لم يتحقق الشرط المتفق عليه كما إذا لم يسترد البائع مبيعه ويدفع الثمن في المدة المحددة فيعتبر البيع بسيطًا وسهلًا ، وكل تصرف للمشتري تأكدت صحته وكل تصرف للبائع أصبح لاغيًا في الماضي والحاضر .

بند [324] الملكية القابلة للإلغاء

التشريع الإسلامي : أصل الملكية تكون على البت ؛ فمن باع أو اشترى فقد ملّك أو ملَك على البت بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يدل على التراضي (1) من الطرفين في العقد (2) . غير أنه قد يعرض على العقد شرط من أحد المتعاقدين . فقال ابن رشد الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك - رحمه الله تعالى - أربعة أقسام :

أولًا : شرط يفسد البيع من أصله وهو ما أدى إلى خلل في شرط من الشروط المشترطة في صحة البيع .

ثانيًا : شرط يفسد البيع ما دام المشترط متمسكًا بشرط ، كشرط بيع وسلف .

ثالثًا : شرط يجوز ما دام لا يؤدي لفساد ولا محرم ، فيجوز فيه البيع والشرط متى كان الشرط جائزًا .

رابعًا : شرط يبطل ويصح البيع .

فإن كان الشرط يعود على العقد بالفسخ ففي ذلك خلاف بين متشرعي مذهب الإمام مالك ؛ فلو قال : بعتك بكذا لوقت كذا ، أو بعتك على أن تأتيني

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 74 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 90 من التقنين المدني الأردني التي تقول : « ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

ويقابل المادة 32 من التقنين المدني الكويتي . ويقابل المادة 104 من المجلة العدلية التي تقول : الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) يعرف الدردير البيع بأنه عقد معاوضة وارد على الأعيان ولا يكون إلا بين اثنين بإيجاب وقبول ، وخرج بقيد المعاوضة الهبة والوصية والمعاوضة مفاعلة إذ كل من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئًا بدل المأخوذ منه ، وهذا تعريف البيع بالمعنى الأعم . الشرح الصغير 1/3 ، وبداية المجتهد 124/2 .

بالثمن في وقت كذا فإن لم تأت به في ذلك الوقت فلا بيع بيننا مستمر . وقد روى الإمام مالك في المدونة في مثل هذا ثلاثة أقوال :

1 - صحة البيع وبطلان الشرط فيكون هذا الشرط من القسم الرابع .

2 - صحة البيع والشرط فيجب الوفاء به فيكون هذا الشرط من القسم الثالث .

3 - فسخ البيع وعدم صحته فيكون هذا الشرط من القسم الأول ، لأن من شروط البيع انتقال الملكية المطلقة للمشتري [1] بالإيجاب والقبول . ومقتضى هذا الشرط أن المشتري لا يملك المبيع إلا إذا وفى بالشرط .

وسبب الخلاف في هذا النظر إلى كون العقد يفسخ بغير اختيارهما فيمتنع ، لأن الفسخ يأتي من جهة البائع نظير عدم الوفاء بالشرط من المشتري ، وهو عدم دفعه الثمن ، أو النظر إلى أن الشرط من مقتضى العقد ، لأن بالبيع وجب تسليم المبيع كما يجب تسليم الثمن فيصح الشرط والبيع صحيح ، أو النظر إلى أنه شرط يأتي على العقد وفيه ما يشبه التحجير على المالك فيبطل الشرط ويصح البيع ، ويجب جبر المشتري على دفع الثمن حالًا .

فإذا جرينا على أن البيع باطل مع هذا الشرط كان ضمانُ المبيع من البائع ، لأنه لم يدخل في ملك المشتري متى كان قبل القبض ، فإن قبضه المشتري فضمانه منه ، لأنه بيع فاسد ، والبيع الفاسد لاينقل الضمان للمشتري إلا بالقبض . وحينئذ فالغلة للبائع

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 395 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لانتقال الحق المبيع إلى المشتري ، وأن يمتنع عن أي فعل من شأنه أن يجعل انتقال الحق مستحيلا أو عسيرًا » .

وتطابق المادة 448 من التقنين الأردني ونصها : « يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجردا من كل حق آخر ، وأن يقوم بما هو ضروري من جانبه لنقل الملكية إليه » .

وتقابل المادتين 466 ، 467 من التقنين الكويتي .

فالمادة 466 من هذا التقنين تنص على أنه « إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها ، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلًا أو عسيرًا » .

والمادة 467 تنص على أنه : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

مدة ضمانه ، وللمشتري إذا كان الضمان منه ، ولا فرق بين العقار وغيره ، فإن فات المبيع بأي مفوت من مفوتات البيع الفاسد مضى بالثمن ، لأنه مختلف فيه .

وليس للمشتري أن يتصرف فيه فإن تصرف بعد القبض بالبيع أو الرهن أو الإجارة إلخ أو غيره من العقود أو التبرعات مضى تصرفه ، متى كان مليئًا يمكنه دفع الثمن وكان التصرف سابقًا للفساد وكذا إن تصرف فيه قبل القبض .

وإن تصرف البائع قبل القبض (الإقباض) فتصرفه صحيح ، وهو نقض البيع من أصله . وإن كان تصرفه بعد الاقباض للمشترى وقبل أن يرد إليه ففي تصرفه خلاف . والصحيح أنه ماضٍ متى عاد إليه المبيع .

وإذا جرينا على أن الشرط والبيع صحيح فيوفى بالشرط والضمان من المشتري ، ولو لم يقبض المبيع ، لأن البيع الصحيح ينقل الضمان للمشتري بمجرد العقد متى كان لا خيار فيه وله الغلة ما دام ضامنًا [1] . وإذا كان البيع الصحيح ناقلًا للملك فتصرف البائع قبل الشرط صحيح موقوف ، وتصرف المشتري صحيح غير لازم ؛ إذ لو كان لازمًا لفات العمل بالشرط .

وأما التصرف بعد الوفاء بالشرط فصحيح نافذ من المشتري ، وباطل من البائع وعند عدم الوفاء بالشرط فبالعكس ، كل هذا في العقار والمنقول على السواء .

ويؤخذ من هذا أنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع بما يتنافى مع الشرط . أو إن تصرف فيكون تصرفه تحت شرطه أيضًا لأنه لا يجوز التصرف في المبيع إلا إذا دخل في ملك مشتريه وقد دخل بالعقد لكن بشرط قد يؤدي لإلغاء البيع عند عدم دفع الثمن في المدة المحدودة .

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري إن لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام مثلًا فلا بيع بينهما صح البيع والشرط . فإن أداه في المدة المعينة لزم البيع وإلا فسد ؛ فيكون الملك موقوفًا على الوفاء بالشرط ، فلا ملك في الحقيقة مع عدم الوفاء بالشرط . واختلف فيمن باع شيئًا بشرط ألا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك : يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ولا فرق بين كون المبيع هو الرهن أو غيره .

(1) قاعدة : البيع الصحيح ينقل الضمان للمشتري بمجرد العقد متى كان لا خيار فيه .

ويجوز البيع على الخيار لأحد المتعاقدين أولهما معًا ، كما يجوز البيع بتًّا بلا خيار مع تأجيل الثمن على أقساط كلا أو بعضًا . واشتراط جعل المبيع رهنًا في ثمنه فيدخل المبيع في ملك المشتري من وقت العقد بشرط كونه رهنًا نظير ثمنه ، أو باع بشرط رهن نظير الثمن المؤجل ، فإن كان الرهن معينًا أجبر المشتري على دفعه للبائع إن امتنع ، وإن كان الرهن غير معين فشرط الرهن في البيع يجوز ، وعلى المشتري رهن ثقة (ويخير البائع وشبهه في غير معين) يعني إن أبى المشتري من دفع الرهن غير المعين خير البائع . وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه .

فلو أدى المشتري الثمن سلمت ملكيته ولا شيء للبائع قِبَله . وإن لم يؤد الثمن فللبائع مطالبته وحجز الرهن حتى يستوفي حقه ويختص البائع برهنه دون بقية الغرماء ؛ فيقضي دينه أولًا من ثمن الرهن . وليس للبائع فسخ البيع نظير الثمن أو نظير ما بقي منه ، إلا إذا اشترط ذلك ، لأنه بيع بات ، والثمن أصبح في الذمة دينًا . وله الحجز على العين المبيعة لاستيفاء حقه ككل سلعة للمدين في حالة عدم التوثق برهن أو كفيل . وهذا هو الجاري عليه العمل الآن بالديار المصرية من بيع الشركات العقارية ؛ فإنها تبيع بشرط جعل المبيع رهنًا نظير باقي ثمنه تحت يد المشتري . فإن وفى المشترى فَبِها ، وإلا نزعت ملكية المشترى بالمزاد العلني ، لدفع الثمن واختصت الشركة البائعة بهذه الملكية المباعة حتى تستوفي حقها . فهذا عمل شرعي لا شيء فيه ، إلا أن الرهن تجول يد المشتري فيه . غير أنه للأسف يفرض الثمن أولًا ، ثم يضاف عليه فوائد التأخير ، ثم يضاف عليه فوائد الفوائد ، وهكذا ، وهو الربح المركب . فيجوز وهو الواقع الكثير أن يبقى المشتري يدفع للشركة أقساطًا طويلة ثم لعجز طارئ يرتكبه بالديون فتحل الفوائد المركبة ، وأخيرًا تَمحَّى الملكية لأن شرط فوائد الفوائد وفوائد فوائد الفوائد إلخ صريح في عقود الشركات ، فيقضي بها في المحاكم المختلطة التي هي مَسَبَّة في جبين مصر ، ودائمًا تفضل مصلحة الأجانب ، ولو كان في ذلك قتل للوطنيين ما دام الشرط موجودًا موقعًا عليه . وقد قيض اللّه لمصر رجال الوفد المصري في هذا الوقت فعقدوا اتفاقية (منترو) لإلغاء الامتيازات الأجنبية المتخلفة من حكم الدولة العَلِيَّة ، ومنها المحاكم المختلطة . وستصبح في التاريخ بشرها وآثامها . وقد خبرت أحكامها

بنفسي فلا حق إلا للأجنبي ومصالحه دائمًا مرعية ولو بغير حق .

أما شرط استرداد [1] البائع للمبيع من المشتري في مدة كذا متى دفع الثمن فهو شرط باطل مناف لمقتضى عقد البيع وهو جواز التصرف في المبيع كما يشاء المشترى ، فإن وقع الشرط في صلب العقد فسخ البيع لفساده فإن تطوع المشتري بذلك بعد العقد جاز ، وليس له حينئذ التصرف بإخراج المبيع لغير البائع ، وللبائع رفعه للحاكم ، فإن منعه الحاكم وتصرف فللبائع رد تصرفه مطلقًا وإن لم يمنعه الحاكم وتصرف نفذ [2] .

بند [325] الملكية المشتركة

القانون الفرنسي : الملكية المشتركة أو عدم القسمة هي حالة شيء يملكه عدة أشخاص لكل شخص جزء محدد فيه كربع منزل أو نصف وربع مثلًا ، ومنبع الملكية المشتركة هو الميراث متى تعدد الورثة [3] .

محظورات عدم القسمة : الملكية المشتركة توجد حالة شاذة وغير مقبولة لأنه إذا خالف أحد الملاك ولو كان أقل جزء فإن العمل يوقف بتاتًا فيجب أخذ قبول من جميع المستحقين بالإدارة ، ولذلك وجبت قسمة الشيء المشترك ، فيجوز لأي شريك طلبها عملًا بالقاعدة العامة (لايجوز بقاء شيء غير منقسم) متى طلب أحد الملاك . ومع ذلك يمكن الاتفاق على بقاء الملكية المشتركة لمدة خمس سنين فأقل ويجوز تجديد هذه المدة .

---

(1) هذا هو بيع الوفاء الذي جاء تعريفه في المادة 465 من مرشد الحيران ، ونصها : « بيع الوفاء هو أن يبيع شيئًا بكذا ، أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري أو أداه الدين الذي هو عليه يرد له العين المبيعة وفاء » . أما حكم هذا البيع فقد اختلف فيه فقهاء المذهب الحنفي . واختار صاحب مرشد الحيران في المادة 549 أنه لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا بإذن البائع ، ويضمن ما أكله بغير إذنه . وليس للبائع أو المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر طبقًا لما جاء في المادة 550 من المرشد .

أما المادة 465 مدني مصري فقد جاءت بالنص على بطلان هذا النوع من البيوع ، ونصها : « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا » ومقتضى ذلك أن المشتري إذا شرط رد المبيع للبائع بعد انعقاد البيع كان الشرط صحيحًا ، ووجب على المشتري رد المبيع للبائع متى قدر على الوفاء بالثمن .

(2) يقول ابن رشد : أما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معًا ، وشروط تجوز هي والبيع معًا ، وشروط تبطل ويثبت البيع ، وقد يظن أن عنده قسما رابعًا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع . بداية المجتهد جـ 2 ص 243 .

(3) انظر : البنود من 815 إلى 842 ، في الفصل الأول من الباب السادس ، من الكتاب الأول ، من المقالة الثالثة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 181 : 188 .

ملكية اليد المشاعة :

وهو نظام ملكية خاص موجود بألمانيا في الشركات المدنية وبين الزوجين ، وهو شكل ملكية مشتركة وهي حالة بين الشخص المعنوي وحالة عدم القسمة ، فهو يشبه الشخصية المعنوية ، ويخالف حالة عدم القسمة فيما يأتي :

أولًا : الأملاك الخاضعة لهذا النظام توجد ملكية خاصة مجعولة لقصد اجتماعي ، فهم منفصلون تمامًا من الأملاك الخاصة بكل عضو شخصيًّا .

ثانيًا : هذه الأملاك تكون ضمانًا لديون الدائنين الاجتماعية ، ولا حق لمداين أي شريك في الحجز على هذه الأملاك نظير دينه الخاص بهذا الشريك .

ثالثًا : هذه الأملاك لا يمكن بيعها ولا رهنها كلًّا أو بعضًا من أي شريك يعمل لمصلحته الخاصة . وهي تشبه حالة عدم القسمة . وتختلف عن الشخصية المعنوية في أن هذه الملكية لشركاء يبقون مستحقين للملكية الخاضعة لهذا النظام ؛ فشخصيتهم لا تكون معوضة بكائن مجرد عن المادة كالشخص المعنوي . وينتج عن هذا أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية كأن يوجد بينهم قاصر . وعلى هذا فلا يطبق مضمون المادة 619 على أحد الشركاء الذين لهم حق الانتفاع مثل الشخص المعنوي .

وبعد بحث هذا النظام الجديد أخذ به بعض المتشرعين في نظام أملاك الزوجين ، وبعضهم طبق عليه أحوال الشركات التجارية في الأرباح .

بند [326] الملكية المشتركة

التشريع الإسلامي : قد يكون مالك الشيء واحدًا فيتصرف كما يشاء . وقد يكون المالك متعددًا فكل مالك له حق التصرف فيما يملك . غير أنه قد يكون الشيء المملوك لملاك غير قابل للقسمة أو قابلًا لها ؛ فإن كان قابلًا للقسمة ، وطلبه أحد الشركاء أجابه الباقون فيقتسمون بأحد أنواع القسمة مهايأة أو قرعة أو مراضاة فإن اتفقا فبها ، وإلا أجريت القسمة جبرًا على من أباها . وإن كانت الملكية غير قابلة للقسمة [1] كشركاء في ياقوتة أو رحى وجب بيعها ، فإن اتفق الشركاء على بقاء ملكية مالا ينقسم جاز

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 288 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : يكون الالتزام غير قابل للانقسام : أ - إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم . ب - إذا تبين من الغرض الذي رمى =

ذلك من غير تحديد مدة ، وسيأتي ذلك في باب القسمة ، ومنبع الملكية المشتركة هو منبع الملكية المطلقة كالشراء والميراث والهبة والوصية [1] .

وأما ملكية اليد المشاعة فهي نوع من أنواع الشركات الفاسدة لأنها :

أولًا : تفصل أملاك الشخص إلى نوعين نوع في الشركة لا يحجز عليه ولا يباع لدائنيه وليس لمالكه أن يتصرف فيه لا ببيع ولا رهن ولا هبة وهذا ينافي حق الملكية من ناحية وينافي أن المدين ضامن دينه بكل ما يملك من مال أو ما يقوم بمال [2] .

ثانيًا : لا يجوز لأي شريك رهن ولا هبة ما يملك في الشركة ولا يحجز عليه فيها ، ومعناه أن ماله أصبح بعيدًا عن تصرفه وفي حرز من دائنيه وهو نظام مخالف لقواعد المسئولية المدنية .

أما أن أهلية الشركاء تؤثر على صحة أعمالهم الاجتماعية فهذا صحيح لأن الشركة لا تقع إلا من أهل التصرف الحر البالغ الرشيد الذي يصح منه التوكيل والتوكل ، وعلى هذا يخرج عديمو الأهلية كالقاصر والمجنون والسفيه عن أن يكونوا شركاء أو يكوِّنوا شركة .

بند [327] تحديد حق الملكية

القانون الفرنسي : حق الملكية مطلق قبل كل العالم لا يعارضه أحد ولا ينقص منه شيء ، غير أن نظم الهيئة الاجتماعية اقتضت تحديده في بعض الأحوال وذلك :

= إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك .

وتطابق المادة 336 من التقنين العراقي . وتطابق المادة 361 من التقنين الكويتي .

وتطابق في حكمها المادة 441 من التقنين الأردني التي تنص على أنه : « لا يقبل التصرف بالتجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته ، أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها » والتصرف بالتجزئة هو ما يقابل المصطلح الفقهي تفرق الصفقة .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة .

(1) القسمة لها ثلاثة أقسام : قسمة منافع وهي المهايأة وتراض وقرعة : الشرح الكبير 498/3 .

(2) لا يفسد الشركة انفراد أحدهما أو كل منهما بشيء من المال ، غير مال الشركة ، يعمل فيه لنفسه إذا تساويا في عمل الشركة ، ولأحد المتفاوضين أن يتبرع بشيء من مال الشركة إذ استألف به للتجارة وهذا وما بعده يجرى في شركة العنان أيضًا . ولأحدهما أن يعير شيئا من الأدوات الخاصة بالشركة . وأن يتصدق لفقير ، ولأحدهما أن يدفع مالًا من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا ويقارض ... ويودع مال الشركة لعذر يقتضي الإيداع ، وإن لم يكن له الإيداع وأودع الغير ضمن . الشرح الكبير 351/3 ، 352 .

أولًا : أحوال الملكية فيها غير قابلة للانتقال .

الأحوال الأساسية المنصوص عليها قانونًا هي :

أولًا : العقارات الأميرية العامة المملوكة للحكومة أو للمديرية أو للمركز غير قابلة للتمليك .

ثانيًا : مهر الزوجة العقاري غير قابل للتمليك ببيع من الزوجة ، ولو مع إذن زوجها .

شرط عدم قابلية التمليك : هل يجوز لبائع العقار أو راهنه أو الموصى به أو واهبه أن يشترط عدم قابلية العقار للتمليك فيعارض حق الملكية المطلق في التصرف ؟ أجمعت المذاهب على بطلان هذا الشرط ، ثم فصل المتشرعون بين بيع وهبة ووصية مثلًا ، فقرروا أن شرط عدم قابلية التمليك ، المؤبدة باطلة قطعًا ، لمنافاتها لروح التشريع والقانون . وأما شرط عدم قابلية التمليك المؤقتة الجائزة فهو شرط صحيح ويعمل به ، كاشتراط ذلك في الهبة مثلًا لبلوغ الموهوب له سنًا تمكنه من الاحتياطات وبعد النظر ، كذلك هبة عقار ترتب عليه إيراد مدى الحياة فيجوز هذا الشرط للتمكن من الوفاء بما تعهد به المشتري .

أملاك العائلة غير القابلة للحجز في قانون 12 يوليو سنة 1909 : أباح هذا القانون لكل عائلة أن تضع لمصلحتها ملكًا لا تزيد قيمته عن ثمانية آلاف فرنك ، وذلك بعمل إشهاد أمام مسجل العقود المدنية في هيئة وصية ، وهي خاضعة للنشر عنها ، وبمضي هذه اللحظة أصبح هذا الملك غير قابل للحجز في دين طارئ ، وهذا القانون وضع لحفظ العائلات من التدهور وليكون ملجأ قانونيًا يمنع عوادي الدهر وهو منقول عن القوانين الأمريكية (1) .

بند [328] التشريع الإسلامي

حق الملكية حق مقدس محترم قِبَلَ جميع الناس ؛ فمن ملك شيئًا فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفًا مطَلقًا ، بشرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف (2) . فلا يعارض المالك في ذلك ولا ينقص من حقه

(1) انظر : البنود من 537 إلى 543 ، في الباب الثالث ، من الكتاب الأول ، ومن 544 إلى 546 ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 121 : 122 .

(2) قاعدة : من ملك شيئًا فله حق التصرف فيه والانتفاع به تصرفًا مطلقًا بشرط أن لا يخل بشيء من الأحكام الشرعية في ذلك التصرف

شيء [1] .

فإن تعارضت مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة قدمت مصلحة الجماعة وهي المصلحة العامة [2] ؛ فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو نحو ذلك إلا لسعة مسجد أو مقبرة أو طريق أو نحو ذلك من المصالح العامة مما يقتضي تقديم المصلحة العامة ، أو لحق تعلق بملكه كبيعه جبرًا لنفقة زوجة ، أو في مال المفلس . وللمحافظة على أملاك الدولة اقتضى التشريع الإسلامي أنها لا تتملك بوضع اليد المدة الطويلة ، ولكنها قابلة للتملك بدون فرق بين ملك الدولة العام والخاص ، فهذا تقسيم اعتباري والكل ملك بيت المال ، فمتى رأى القائم على بيت المال أن المصلحة في بيع بعض أملاك الدولة لفرد أو جماعة وكانت المصلحة محققة فيجوز شرعًا بيعها ، ويجوز تمليكها والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات الشرعية بلا فرق أيضًا بين أملاك الحكومة وأملاك المديرية أو المركز ؛ فكلها ملك للدولة كما

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 805 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . وقد نص الدستور الصادر في 11 سبتمبر 1972 في المادة 22 منه على ما يأتي : « الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية ، دون انحراف واستغلال ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب » . وتقابل المادة 1048 من التقنين العراقي ، والمادة 1018 من التقنين الأردني ، والمادة 810 من التقنين الكويتي .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

(2) يتفق ذلك مع المادة 808 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل » .
ويتفق كذلك مع المادة 1050 م التقنين العراقي . وهو ما قرره الفقه الإسلامي كذلك ؛ فقد نصت المادة 97 من المجلة على ما يأتي : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ونصت المادة 1216 من المجلة على : « لذي الحاجة أن يأخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن . كذلك نصت المادة 162 من مرشد الحيران على ما يأتي : « لا ينزع ملك أحد من يده بغير إذن شرعي » ونصت المادة 165 منه على ما يأتي : « إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة » .
مصدر هذا النص في حاشية أبي السعود منلا مسكين من الوقف في 519 وقد جاء بها أنه « إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرضٌ لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين ، وزادوا في المسجد . زيلعي : وهذا من الإكراه الجائز .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

سبق التنبيه إليه [1] .

ويجوز للزوجة أن تتصرف في مهرها بجميع أنواع التصرفات منقولًا أو عقارًا بدون إذن زوجها أو أحد آخر متى كانت عاقلة رشيدة غير محجور عليها ويحجز عليه ويباع في دينها بعد الزواج وكذا مؤخر مهرها يحجز عليه ويباع في دينها .

شرط عدم قابلية التمليك :

كل شرط كان منافيًا للعقد يبطل العقد [2] ؛ فعقد البيع عقد معاوضة يفيد الملكية للعين المباعة ، فمتى تم العقد فقد تم ملك العين ، ومتى تم ملك العين فقد ملك مالكها كل الحقوق عليها ، ومنها البيع للغير والتمليك بأي وجه ، فشرط عدم جواز التمليك في عقد البيع مبطل له .

وأما في التبرع بهبة أو صدقة بشرط عدم البيع أو الهبة إلا لمن يجيزها له الواهب فهو شرط صحيح . والهبة جائزة لأن الواهب متبرع فله أن يشترط ما يرى أنه محقق لمنفعة ما وهب للموهوب له فيعمل بالشرط [3] . وقيل : هذا الشرط لا يجوز ، وقيل تبقى الهبة والصدقة بيد الموهوب له أو المتصدق عليه كالوقف لا يبيع ولا يهب حتى يموت .

فإن اشتملت الهبة أو الصدقة على شرط يتنافى مع حق الانتفاع المراد من الشيء الموهوب بطلت الهبة . وإن كان الشرط معصية بطلت أيضًا . وإن كان الشرط لا يتنافى مع حق الانتفاع ، ولكنه نظمه أو حدده أو جعله لأفراد معدودين أو جعله بعد مدة الهبة ميراثًا لورثته ، صح ذلك .

---

(1) يقول ابن رشد : الشروط عند مالك ثلاثة :

1 - شروط تبطل هي والبيع معًا . 2 - شروط تجوز هي والبيع معًا .

3 - وشروط تبطل ويثبت البيع إلخ .

راجع تفصيل ذلك في بداية المجتهد جـ 2 ص 243 .

(2) قاعدة : الشرط إن كان منافيًا للعقد يبطل العقد .

(3) يتفق ذلك مع ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 459 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

وأما البيع والشرط فيه على الإنفاق على البائع مدى الحياة فهو باطل ، لأن الثمن غير معلوم وفيه غرر كبير فضلًا عن أن اشتراط عدم بيع العين المباعة والمرتب عليها شرط الإنفاق مدى الحياة منافٍ لعقد البيع من حرية التصرف في الملكية .

وأما أملاك العائلة غير القابلة للحجز فهذه بدعة التشريع الحديث ، وهو مخالف لروح الثقة في التعامل ، ومشجع على أكل أموال الناس بالباطل ، فكيف تأخذ مني عائلةٌ بعض أموالي التي أتجربها لتقيم بها أوْدَهَا ثم تنام على حقي ؟! فإذا ما اتخذت الطريق الإجباري للوصول إلى حقي صدمني القانون الذي يحمي هذه العائلة ، فلا أجد مفرًّا من ضياع أموالي هَدْرًا باسم القانون . هذا إذا لم أكن على علم بالإشهاد بهذه الأملاك العائلية غير القابلة للحجز . فإن علمت امتنعت طبعًا عن معاملة هذه العائلة لأنها تكون كالأجرب ينفر منه الناس .

فهذا التشريع مشجع على عدم الوفاء بالديون ، ضارٌّ بنفس من وُضِع القانون لحمايته . ولكن انظر التشريع الإسلامي فقد تشدد كل التشدد في الوفاء بالالتزامات أيًّا كانت ، ما دامت شرعية جائزة حتى لم يستثن شيئًا من مال المدين إطلاقًا يبقى له ، إلا قوته ، والنفقة الواجبة عليه لزوجته ووالدين فقيرين وولد كذلك ، إلى ظن يسر المدين عادة ، وإلا كسوتهم المعتادة التي تقي الحر والبرد وتجوز بها الصلاة . فإن كان المدين متهمًا بإخفاء ماله حبس حتى يظهر أمره ، فإن ظهر يساره دفع ديونه وخُلِّي سبيله ، وإن كان معسرًا فَنظِرة إلى ميسرة بشرط ثبوت ذلك ببينة (1) .

هذا هو حكم التشريع الإسلامي الذي يوجد الطمأنينة في المعاملة والثقة بين الناس ، لأن وراء الدائن من يحميه ، وهو تشدد المشرع في الوفاء ووراء المدين ما يدفعه لما يعلمه من عقاب ، وعدم تساهل في إبراء الذمة .

وإذا كان التشريع الوضعي أراد حماية العائلة على حساب حقوق الآخرين ،

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .
والمادة 297 من التقنين العراقي ، والمادة 403 من التقنين الأردني ، والمادة 334 من التقنين الكويتي .
ويستند هذا النص إلى ما جاء في الآية الكريمة ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 279/3 .
انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

وهم الدائنون فإن للدائنين الحجز على الريع مثلًا كالحجر على ريع الوقف لمديونية المستحق فيبقى فقيرًا محرومًا ما عاش . وهذا جزاء تدبير البشر فلو أنهم اتبعوا التشريع السماوي لعرف الناس ما لهم وما عليهم في ثقة وطمأنينة .

بند [329] الملكية في القانون الروماني [1]

القانون الروماني : الملكية هي الصفة التي يمكن للشخص المالك بها أن ينتفع بما ملك كما يشاء . وللملكية ثلاث صفات :

أولًا : الملكية حق مطلق أي حق الاستعمال وحق أخذ المنفعة والإيراد وحق البيع والرهن والهبة وجميع أوجه التصرفات حتى التلاشي .

ثانيًا : الملكية حق مانع للغير أيا كان وخاص بالمالك .

ثالثًا : الملكية حق مؤبد غير محدود بزمن .

بند [330] تحديد الملكية في المناجم

القانون الفرنسي : المراد بالمنجم أو المناجم هي كمية من الجواهر معروفة تحتوي على ذهب أو فضة أو معدن أو أي نوع من أنواع المواد المحددة بالقانون أو بديكريتو بعد أخذ رأي قلم قضايا الحكومة [2] .

مضمون قانون 21 أبريل سنة 1810 : تضمن القانون أن محل المنجم مملوك لمن ملك الأرض الموجود بها عملًا بالقاعدة (ملكية وجه الأرض تتضمن ملكية ما تحتها وما فوقها) لكن للصالح العام ، ولحسن استغلال المناجم ، أعطى القانون إلى الحكومة الحق المطلق في التصرف في المناجم حسب ما تقتضيه المصلحة العامة .

فإذا أعطت الحكومة امتياز استغلال المنجم إلى غير مالك الأرض فلمالك الأرض الحق في مرتب سنوي يسمى (ضريبة ما في جوف الأرض) ، فينتج عن هذا وجود عقارين في ملكية واحدة :العقار المخصص للاستغلال المنجمي ، وعقار وجه الأرض .

---

(1) انظر : البابين الأول والثاني ، من الكتاب الثاني من مدونة جوستنيان في الفقه الروماني ، ص 25 – 72 .

(2) انظر : البند 552 في الفصل الأول ، من الباب الثاني ، من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 124 .

ما تضمنه قانون 6 سبتمبر سنة 1919 : جدد هذا القانون زيادة عن القانون الأول ما يأتي :

أولًا : استغلال المنجم يكون مضمونًا بمعرفة الحكومة ، إما باستغلاله بنفسها أو تحت رقابتها مباشرة أو بالاشتراك ، ويجوز للحكومة التنازل للمديرية أو المركز أو لشركة تجارية أو لشخص خاص .

ثانيًا : الإذن باستغلال المنجم لا يكون أبديًا بل يجب ألا يتعدى 99 سنة في منجم الفحم الحجري أو الخشب المتفحم و 50 إلى 19 سنة في باقي المناجم .

ثالثًا : امتياز استغلال المنجم لا يكون مجانًا بل يحتمل مشاركة الحكومة أو الأشخاص في جزء من الأرباح .

رابعًا : حق صاحب امتياز المنجم يبقى حقًا عقاريًا يمكن رهنه .

خامسًا : استغلال المنجم يعتبر عملًا تجاريًا .

الضريبة الواجبة على صاحب امتياز المنجم :

صاحب امتياز المنجم عليه ثلاث ضرائب :

أولًا : بالنسبة لمالك وجه الأرض : ضريبة ما في جوف الأرض وهي سنوية تحدد في الامتياز وهي عادة 10 % من إيراد المنجم ، وهي حق عقاري ، وتكون تبعًا لملكية وجه الأرض ، وتتحمل الرهن الذي رهن به وجه الأرض .

ثانيًا : بالنسبة للحكومة يجب على صاحب امتياز المنجم دفع ضريبة ثابتة 20 سنتيما عن كل هكتار ، وضريبة نسبية سنوية على إنتاج المنجم حسب القانون المالي وهي 6 % منها + 1 % للمركز الذي يتبعه المنجم .

ثالثًا : بالنسبة للمكتشف يجب على صاحب الامتياز إلى صاحب المنجم تعويضٌ عن أعماله حتى عن نفس الاكتشاف وتعويضٌ عما تكبده من المصاريف .

الواجبات المفروضة على صاحب الامتياز :

ليتم الإنتاج على أكمل وجه فرض القانون على صاحب امتياز المنجم :

1 – عدم قسمة المنجم لتجنب النفقات الباهظة العامة الناتجة عن التجزئة .

2 - منع اجتماع أكثر من منجمٍ واحدٍ إلى منجم واحدٍ خوفًا من الاحتكار .

3 - عدم إيقاف استغلال المنجم أو حصر الاستغلال ، وإلا فعقابه الحرمان .

4 - واجب المساعدة في أشغال تجفيف المناجم في حالة فيضان ماء جوف الأرض المهدد لعدة امتيازات .

تحديد حق ملكية المنجم .

نقل ملكية المنجم بأي شكل أو نوع ، وكذا تأجير الامتياز المنجمي بإشهاد بين الأحياء لا يجوز مطلقًا إلا بإذن يصدر به ديكريتو بعد أخذ رأي قلم قضايا ، وكل عمل يخالف هذه القاعدة فهو لاغٍ ، ويجوز سحب الامتياز بديكريتو .

معادن ومحاجر :

الأرض التي تحتوي على مواد حديدية أو كبريتية أو ألومنيوم أو نفط يصح أن تكون في بعض الأحوال داخلة في حكم المناجم ، ولكن الغالب استغلالها بمعرفة ملاكها بتبليغ للمديرية أو بإذن من المدير ما دام الاستغلال على وجه الأرض .

وأما المحاجر التي يستخرج منها الإردواز وحجر المباني والرخام والجرانيت فتستغل بمالكيها وليست مطلقًا كالمناجم فقط تبلغ المديرية باستغلال صاحبها .

بند [331] تحديد ملكية المناجم

التشريع الإسلامي : مالك العقار يملك منفعته والانتفاع به من سطحه ومن جوفه كما يتراءى [(1)] له . غير أن ما يوجد بالأرض من المعادن من ذهب و فضة وحديد وقصدير إلخ مما يحتاج إليه الكافة فله أحكام خاصة لأن له خطره في حياة الأمة ، وما يوجد بالأرض من كنوز ونحوها من الدفائن كذلك له أحكام خاصة وذلك : أن للإمام التصرف في المعدن ولو وجد بملك شخص معين والمراد بالمعدن ما يستخرج من الأرض شيئًا فشيئًا حسب طبيعته وجودته ، وإنه وإن كان في أرض مملوكة لشخص معين إلا أن سد باب الهرج والفتنة وامتلاك زمام مصالح الدولة (يعني المصلحة العامة) يقضي وضعه تحت تصرف الحاكم يفعل ما يراه في استغلاله موافقًا

(1) يتفق ذلك مع المادة 806 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .
وتتفق مع المادة 1049 من التقنين العراقي ، ومع المادة 1019 من التقنين الأردني . انظر : المذكرة الإيضاحية في المادة المذكورة .

للمصلحة . هذا إذا كان المعدن في أرض إسلامية مفتوحة .فإن كانت في ملك مصالَح على شروطه في المعادن لا تدخل في تصرف الإمام بل تبقى ملكًا لصاحبها . فإن أسلم هذا المصالَح رجع حق النظر فيها للإمام . وأما الكنوز وهو ما يوجد مدفونًا في الأرض دفعة واحدة - يعني ليس مختلطًا مع معدن الأرض - فإن كان دفن مسلم أو ذمي فهي لقطة تعرف سنة ، ثم توضع في بيت المال . وإن كانت دفن جاهلي فهي رِكازٌ يخرج منه الخمس لبيت المال وباقيه لواجده [(1)] .

وما لفظه البحر إن تقدم له مالك فكالدفن المعصوم منه ، وهو ملك المسلم والذمي لقطة وغيره كالركاز ، وإلا كالعنبر وجوهر البحر فلواجده بلا تخميس ، والنباتات كالأعشاب التي تنبت بنفسها على سواحل البحار مباحة لعموم الناس . هذا مذهب مالك .

ومذهب أبي حنيفة أن ما وجد من معدن نقد (ذهب أو فضة) ونحو حديد ومن

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له خمسه لمن يعثر عليه ، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ، وإذا كان هذا الشيء موقوفا كان الباقي للواقف أو لورثته » .

وتفيد هذه المادة جعل خمس الكنز لمن يعثر عليه ، والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ، وأنه إذا كان الشيء الذي وجد فيه الكنز موقوفًا كان الباقي للواقف أو لورثته . وقد يكون الكنز مخبوءا في منقول كما لو وضعت أوراق النقد بين صفحات كتاب أو أخفيت قطع من النقود أو أحجار ثمينة في درج سري من مكتب أو دولاب . والغالب أن الكنز إنما يوجد في عقار أما إذا كان الكنز مخبئًا في منقول فإن المالك الذي يستحق في الكنز يكون هو مالك هذا المنقول ، إذا لم يكن هو مالك العقار الذي يوجد فيه المنقول .

وتتفق مادة المشروع مع المادة 877 من التقنين الكويتي ، والمادة 1101 من التقنين العراقي ، والمادة 1078 من التقنين الأردني .

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من الكنز : الأول هو الكنز الجاهلي ، وهو ما وجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض قبل الإسلام .

والنوع الثاني : هو الكنز الإسلامي ، وهو ما يوجد به علامة أو نقش يدلان على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام ..

وعلى أساس هذه التفرقة في المذهب الحنفي جاءت المادة 149 من مرشد الحيران بالنص على ما يأتي : « من وجد في أرض من الأراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزا مدفونا وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماسه وخمسه للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية ، فهو لمالك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطة .

انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة .

كنز أي مال مدفون دفنه الكفار إذا وجده مسلم أو ذمي في أرض فهو على أربعة أقسام :

1 - أن تكون الأراضي مباحة فالخمس فيها لبيت المال والباقي للواجد .

2 - أن تكون الأرض مملوكة لمعينين ففيها الخمس لبيت المال والباقي للمالك .

3 - أن تكون الأرض موقوفة خراجية أو عُشرية ، فالخمسُ فيها لبيت المال والباقي للواجد لعدم المالك .

4 - أن تكون الأرض مملوكة لغير معينين كأرض مصر غير الموقوفة فإنها وإن كانت خراجية الأصل إلا أنها آلت إلى بيت المال ، لموت المالكين من غير وارث ؛ فالأرض المصرية مملوكة لجميع المسلمين ، تصرف في مصارفهم المعلومة ، فالكل يوضع في بيت المال .

وإن وجد المعدن مسلم أو ذمي في داره أو حانوته فالكل للواجد . وأما المال المدفون فإن وجده في داره أو حانوته ففيه الخمس والباقي للواجد .

فعن مذهب الإمام مالك أخذ القانون الفرنسي حيث جعل التصرف فيه للإمام يتصرف فيه كما يرى .

وأما ما ذكرته القوانين الوضعية من مضمون قانون 21 أبريل سنة 1810 وقانون 6 سبتمبر سنة 1919 . ومن وجوب الضريبة على صاحب الامتياز ومن الواجبات المفروضة عليه ومن تحديد حق ملكية المنجم فكلها لا تخرج عن تنظيم حق ملكية الصالح العام للمناجم ، وهو ما نص عليه التشريع الإسلامي ، ولا مانع من تنظيم طريقة الاستغلال على أي وجه يرى الحاكم فيها المصلحة .

وأما المعادن التي لا قيمة لها إلا إذا تحوّلت بفعل فاعل كالحجر يصير جيرًا بعد حرقه أو كالجبس بعد طحنه فليس مباحًا للجميع ، بل يجب إذن الإمام فيه كما يرى أيضًا [1] نظير الاستغلال . وكذا قطع الحجر للبناء فلا بد من الترخيص لأنها ملك للدولة حيث لا مالك لها .

---

(1) يقول ابن عبد البر : إذا بلغ ما يخرج من المعدن من الذهب عشرين مثقالًا ، أو من الورق مائتي درهم أخذ منه الزكاة مكانه ، ولم يستأنف به حول وذلك ربع عشر كل واحد منهما . ولا يمنع الدين زكاة المعادن ، ولا يسقطها ، ولا يضم ما انقطع من المعدن من نيله وعروقه ولم يتصل إلى ما خرج بعد ... هذا كله فيما استخرج من المعادن بالكلفة والعمل والمشقة . وأما المأخوذة بغير مشقة ، فهي ركاز ، وحكمها حكم الركاز ، فيها الخمس ... راجع التفصيل في : الكافي ص 95 وما بعدها ، وبداية المجتهد جـ 1 ص 300 وما بعدها .

نتيجة المقارنات من بند 300 إلى نهاية بند 331

يتفق التشريعان فيما يأتي :

الأملاك - معلومات أولية - ترتيب الحقوق المكونة لمالية الشخص - الحقوق العينية المحددة في القانون - ترتيب الأملاك - عقار ومنقول - العقار وأنواعه - عقار بالتخصيص المنقول بالطبيعة - منقول بتحديد القانون - العلاقة بين الملك والمالك - أملاك الدولة - الملكية نفسها - الملكية القابلة للإلغاء (في الجملة) - الملكية المشتركة - تحديد حق الملكية - شرط عدم قابلية التمليك - تحديد ملكية المناجم

ويختلف التشريعان فيما يأتي :

الإيراد - ملكية اليد المشاعة - أملاك العائلة غير القابلة للحجز .

بند [332] نزع الملكية للمنفعة العامة

القانون الفرنسي : قاعدة أساسية حق الملكية حَرَمٌ لا ينتهك كالشخص والمسكن . وهي معلنة في حقوق الإنسان ومسجلة في غالب القوانين الفرنسية الأساسية . ومع ذلك فالقوانين قد خالفت هذه القاعدة لمعنى عام وهو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة فشرعوا نزع ملكية الفرد لمصلحة الجماعة ، وهو الحق الإداري لنزع شيء متعلق بشخص خاص وتملكه متى اقتضته المنفعة العامة مقابل دفع تعويض [1] .

الضمانات الموضوعة لصالح الملكية المنزوعة : وضع القانون الضمانات الآتية :

1 - نزع الملكية لا يجوز إلا إذا تحققت فيه المصلحة العامة بشكل لا يدع مجالًا للشك ويكون بديكريتو أو بقانون تبعًا لأهمية العمل المطلوب نفاذه .

2 - المحاكم القضائية هي الحارس لحقوق الملكية ، فهي التي تملك فقط الحكم بنزع الملكية إذا لم يكن الاتفاق قد تم وديًا مع المالك ، ومن الجهة المراد نزع الملكية لعملها .

3 - كل ضمان لحقوق المالك يكون مؤكدًا من تحديد الثمن ودفعه للمالك ، وتحديد الثمن يكون بمعرفة محلفين وطنيين لا علاقة لهم بالطرفين .

4 - دفع التعويض يجب أن يكون قبل وضع اليد على العقار من الإدارة .

بند [333] التشريع الإسلامي

أصول التشريع الإسلامي مبنية على احترام الشخص ويدخل فيه ذاته وعرضه ومسكنه ، وعلى احترام ماله ويدخل فيه جميع ما ملك ، فالذات والعرض والمسكن والملك حرام على الناس أيًا كانوا ، والتعدي عليهم إلا بحق الشرع المقرر ؛ فإن سرق مثلًا تقطع يده ، وإن قتل يقتل . وإن سب غيره أو سبه غيره أقيم عليه الحد . وإن أخذ منه ماله فإن كان الأخذ خلسة فهي سرقة يحاكم فاعلها ويعاقب . وإن كان الأخذ بالقوة فهو اغتصاب ؛ فيرد المال لصاحبه ، ويعاقب المغتصب . فهذه حقوق مقررة للإنسان في التشريع الإسلامي منذ وجوده ببعثة الرسول صلى اللّه عليه وعلى آله وسلم .

وأما تقرير القاعدة (حق الملكية حرم لا ينتهك إلخ) [2] فهذه ليست وليدة

---

(1) انظر : بند 544 و 545 ، في الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 122 .

(2) قاعدة : حق الملكية حرم لا ينتهك .

الثورة الفرنسية كما يزعمون ، وإنما هي وليدة التشريع الإسلامي الذي عاش في أسبانيا وفرنسا 700 سنة وقرر حقوق الإنسان منذ وجوده .

غير أنه إذا تعارضت مصلحتان : مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة فيؤخذ ملك الفرد - وإن كان حرما محترمًا - لمنفعة الجماعة [1] . وهذه قاعدة من أصول التشريع الإسلامي ؛ فلا يجبر أحد على إخراج ملكه عنه ببيع أو هبة أو أي تصرف ، إلا لسعة مسجد أو مقبرة أو طريق أو شق مجرى ماء ، أو نحو ذلك من المصالح العامة مع وجوب دفع تعويض عن ملكه من بيت المال [2] .

وأما نظم نزع الملكية فمتروك أمرها للحاكم ، ولا مانع شرعًا في اتباع الطريق المذكور في القانون الوضعي ؛ فهو أقرب لتحقيق العدالة ما دام الأصل مشروعًا ، وهو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة [3] .

بند [334] تثبيت حق الملكية

تثبيت حق الملكية هو دعوى حق الاسترداد

القانون الفرنسي : دعوى الاسترداد هي أن شخصًا يدعي ملكية شيء يريد

(1) قاعدة : إذا تعارضت مصلحتان : مصلحة عامة ومصلحة خاصة قدمت المصلحة العامة ؛ فيؤخذ ملك الفرد وإن كان حرمًا محترمًا لمنفعة الجماعة .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 808 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « لا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل » .
وهي تتفق مع المادة 1050 من التقنين العراقي ، فيما عدا أن هذا التقنين يقضي بأن يدفع التعويض مقدمًا .
ويتفق الحكم بذلك مع ما يقرره الفقه الإسلامي ؛ فقد نصت المادة 97 من المجلة على ما يأتي : « لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » . ونصت المادة 1216 من المجلة على أن : « لذي الحاجة أن يأخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن » .
كذلك نصت المادة 162 من مرشد الحيران على ما يأتي : « لا ينزع ملك أحد من يده بغير إذن شرعي » ونصت المادة 165 منه على ما يأتي : « إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته ، لكن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤدَّ ثمنه ، مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة » . وقد أشير في الهامش إلى أن مصدر النص هو حاشية أبي السعود ص 519 ، وقد جاء بها أنه « إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها لأنه لما ضاق المسجد الحرام ؟ أخذ الصحابة أرضين وزادوا في المسجد . زيلعي وهذا من الاكراه الجائز . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(3) يقول الشاطبي : إن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقًّا له بإثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقًّا لذلك بحكم الأصل . الموافقات جـ 2 ص 238 وراجع تنوير الحوالك شرح الموطأ جـ 2 باب القضاء في المرفق وما بعدها .

الاعتراف بحقه المنكر أو المغتصب أمام القضاء ووضع يده على هذا الشيء ضد شخص منكر أو مغتصب . والاسترداد في العقار يمكن دائمًا ما دامت لم تمض مدته ، وأما في المنقول فممنوع أصالة عملا بالقاعدة (وضع اليد في المنقول يعادل حجة الملك) (1) .

دعوى الاسترداد مثل كل الدعاوى : مدع وهو غير واضع اليد ، ومدعى عليه وهو واضع اليد . وعلى المدعي إثبات أن هذا العقار المدَّعَي ملكيته مملوك له ، فيقدم الأدلة المثبتة لذلك ، وعلى المدعى عليه تفنيد أدلة المدعي فقط وليس عليه إثبات أنه المالك الحقيقي ، فإذا أثبت المدعي بأدلة صحيحة حُكِم له ، وإلا رفضت الدعوى ، وبقي المدعى عليه على حالته واضعًا يده .

دليل الملكية :

الدليل العادي لإثبات الملكية العقارية هو نقل التكليف ، أو سقوط الحق بمضي المدة ؛ فإذا أثبت المدعي أو من تلقى عنه الملك بأدلة الملكية في وقت يكفي لسقوط حق الغير بمضي المدة فهو المالك الحقيقي أمام كل العالم . وقد رأى المشرعون ما يأتي :

أولًا : المدعي قدم حجة الملكية والمدعى عليه لم يقدم شيئًا ، فيجب القضاء للمدعي متى ثبت أن حجة ملكيته أو من تلقى عنه الملك كانت سابقة على وضع يد المدعى عليه .

ثانيًا : المدعي والمدعى عليه قدما حجة ملكية كل منهما ؛ فإذا صدرت الحجتان عن مالك واحد فيقدم المسجل منهما ثم أسبقهما تاريخًا . فإن صدرت الحجتان عن شخصين مختلفين فترفض دعوى المدعي ، إلا إذا أثبت أن من تلقى عنه الملك هو المالك الحقيقي ، لا من تلقى عنه المدعى عليه .

ثالثًا : المدعي لم يقدم حجة للملكية ، بل اعتمد على وضع يده السابق أو على علامات أو قرائن الأحوال ، فيجب رفض دعواه متى أثبت المدعى عليه أن وضع يده ثابت طبق الشروط القانونية ، وإلا فللقاضي بحثُ ما استند عليه المدعي وتقديره ، فإن رأى أن الظروف تدل لصالحه حكم له وإلا رفض الدعوى .

بند [335] تثبيت حق الملكية

التشريع الإسلامي : الملكية حق ثابت للمالك على العين المملوكة تتبع العين

---

(1) انظر : بند 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من والمقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

المملوكة حيث وجدت مالم يحصل ما يفوت حق الملكية المذكورة ويستوى في ذلك العقار والمنقول بقسميه المثلي والمقوم . فإن اعترض هذه الملكية اغتصاب أو سرقة أو نحو ذلك وجب تدخل الهيئة الحاكمة لرد الملكية لصاحبها ، بتمكينه من الاستحواذ عليها واستغلالها ، متى كان ذلك ممكنًا . وإن خرجت عن صفتها التي كانت مملوكة بها فيجب القضاء لربها بمثلها إن كانت مثلية ، مما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ . وإن كانت مقومة كشاة مثلًا قُضِي بقيمتها يوم الغصب . ودعوى الاسترداد في القانون الوضعي هي دعوى الاستحقاق في التشريع الإسلامي .

فدعوى الاستحقاق هي طلب رفع ملكية شيء بثبوت ملكية أخرى سابقة على الملكية الحاضرة . فسبب الاستحقاق قيام البينة الشرعية على عين الشيء المستحق ، أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن . فدعوى الاستحقاق ترفع من مدعي الملكية ضد واضع اليد المنكر للحق أو المغتصب .

والاسترداد أو الاستحقاق ممكن دائمًا في العقار وفي المنقول مقومًا أو مثليًا مادام باقيًا على حالته وعينه التي كانت مملوكة لربها قبل الغصب أو السرقة أو الضياع مثلًا .

وأما القاعدة (وضع اليد في المنقول يعادل حجة الملك) فلا تمنع الاستحقاق . لأن معناها أن المدعي هو الذي يقدم دليل الملكية . ويد المدعى عليه تعادل حجة الملكية بشرط ألا تعارض بما هو أقوى منها لإثبات الملكية . على أن التشريع الوضعي بعد وضع هذه القاعدة وجد أن العدالة تقضي بسماع دعوى الاسترداد في المسروق مثلًا ، فاستثناه ، ثم في غيره كما يأتي حتى قال بعض الفقهاء : إن الاستثناء أضاع القاعدة لأنه أكثر من الأصل لهذا أباح التشريع الإسلامي الاستحقاق أو الاسترداد في العقار والمنقول بشروط ستأتي .

فدعوى الاستحقاق ككل الدعاوى تعتمد على مدع وهو غير واضع اليد ، ومدعى عليه وهو واضع اليد ، ومدعى به وهو ملكية الشيء المتنازع على ملكيته عقارًا أو منقولًا . فإن أثبت المدعي ملكيته لهذا الشيء قضي له به فينزع من يد واضع اليد ، ويسلم لمن استحقه وإن لم يثبت تُرِك الشيء على حاله تحت يد صاحب اليد .

دليل الملكية :

الملكية تستند إلى دليل تحريري أو شهادة شهود عدول أو ميراث أو هبة من

أسباب الملكية الشرعية الصحيحة ، فإذا أثبت المدعي أو من تلقى عنه الملك بأدلة صحيحة حالة قيام الشيء المتنازع فيه على حالته وصفته اعتبر أنه الحقيقي أمام كل العالم ويرد إليه نفس الشيء المدعى ملكيته [1] .

فإن أثبت ملكيته للشيء المتنازع فيه ، ولكنه تغير عن حقيقته يوم الغصب ، كأن ادعى استحقاقه لقمح فطحنه المدعى عليه أو بذره في أرضه للزراعة مثلًا ، أو بيض أَفْرَخ أو ذهب صاغه حليا يُقْضَى للمدعي على المدعى عليه بمثله . لأن الذهب يوزن والقمح يكال ، والبيض يعد ، فهو من المثليات ، والمثلي يفوت على مالكه وليس له أخذه بعينه متى فات بتغير في ذاته ، فيضمن المدعى عليه مثله .

وإن ادعى استحقاقه لحيوان مثلًا ثم أثبت ملكيته له ، ولكن المدَّعَى عليه ذبحه ضمن المدعى عليه القيمة . والمدعي مخير إما أن يأخذ الحيوان المذبوح أو يأخذ قيمته حيًّا يوم الغصب . لأن الحيوان مقوم ، وفوت المقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله إلخ .

وأما ما رآه المتشرعون في الأدلة المقدمة في الثلاث حالات فمرجعه في التشريع الإسلامي ترجيح الأدلة ، وذلك :

1 - تترجَّح بينة مَنْ بَيَّنَتْ سبب الملك على البينة التي أطلقت ؛ فيقضى بالشيء المتنازع فيه لمن بينت بينته سبب الملك .

2 - ترجَّح البينة التي أرخت على البينة التي لم تؤرخ ؛ فيقضى لمن أرخت بينته ، ويقضى لمن تقدم تاريخها ، ولو كانت أقل عدالة ممن زادت عدالتها (في الأموال) .

3 - ترجَّح بينة واضع اليد من المتداعيين على العقار أو العروض متى تساوت بينة المتداعيين فالحوز من المرجحات عند التساوي [2] (وهو وضع اليد) .

4 - ترجَّح بينة الملك على بينة الحوز [3] (وضع اليد) فمن شهدت له بالملك قُدِّمت

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 924 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها : « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين ، وكانت قائمة حالًا ، كان ذلك قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

وهي تتفق مع المادة 2/1184 من التقنين الأردني ، ومع المادة 912 من التقنين الكويتي ، والمادة 1159 من التقنين العراقي . وإنما يقوم حكم القرينة المشار إليها في هذه النصوص على أساس الغالب المألوف في الواقع العملي ، ومن ثم فإنه لا يناقض قواعد الفقه الإسلامي في إثبات الحيازة . انظر : المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني طبقًا للشريعة الإسلامية في المادة المذكورة .

(2) قاعدة : الحوز من المرجحات عند التساوي .

(3) قاعدة : ترجح بينة الملك على بينة الحوز .

على من شهدت بالحوز ولو تقدم تاريخ الحوز على تاريخ الملك ، بشرط أن لا تمضي مدة الحيازة التي ثبت بها الملك ، وبشرط أن لا تشهد بينة السماع بنقل الملك من كأب القائم ، وإلا نزع الشيء المتنازع فيه ، وسلم لمن شهدت له بالملك بينة البت كما سيأتي .

5 - جاز للشهود العدول الشهادة لواضع اليد على عقار أو غيره بسماع فشا بين الناس كلم نزل نسمع من الثقاة وغيرهم أن هذا الشيء الذي في حوزته له ، ولا يشترط سماعهم بالتصرف فيه تصرف الملاك ولا طول الحيازة [1] .

فإن كانت دعوى المدعي على الحائز مجردة عن الدليل فالحوز (وضع اليد) كاف في دفعها بلا احتياج لبينة سماع . وكذا إن كان مع دعوى المدعي بينة سماع بوضع اليد . لأنه لا ينتزع ببينة السماع . الشيء المتنازع عليه من يد حائزه .

ويشترط في بينة السماع عدم الريبة ، وإلا لا تسمع .

وإن لم يكن الترجيح بأي وجه ، وكان الشيء المتنازع فيه بيد غيرهما ، رفض ادعاؤهما ، وبقي الشيء لواضع اليد إلا إذا أقر به لأحدهما .

بند [336] نتائج دعوى الاسترداد

القانون الفرنسي : متى انتصر المدعي في دعواه الاسترداد تحكم المحكمة على المدعى عليه برد العقار موضوع النزاع ، ثم تبحث المحكمة موضوع الثمار التي استولى عليها واضع اليد المدعى عليه ، ويجوز الحكم عليه بالتعويض الكافي عن كل ما أحدثه في العقار . ثم تنظر فيما أنفقه واضع اليد على العقار مما كان ضروريًا أم لا فيدفعه المدعي حسب ما استفاد به العقار ، وما أنفقه للتنعم فلا يقضى به . وله أخذ الزينات التي أوجدها بشرط أن لا يوجد نزعها تلفًا في العقار أو تشويها [2] .

---

(1) ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لو باع الغاصب ما غصب ، ووجده ربه بيد المبتاع بحاله لم يدخله تغيير ، لم يكن له أخذ قيمته من الغاصب ، وإنما له أن يأخذه بعينه ويرجع المبتاع على الغاصب بثمنه ، وإما أن يجيز بيع الغاصب ويأخذ منه الثمن .... راجع : الكافي باب استحقاق المغصوب بيد من لم يغصبه ص 433 وإرشاد السالك ص 100 الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

(2) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول من الكتاب الثاني ، من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

سقوط حق الاسترداد :

يسقط حق استرداد العقار متى سقط حق ملكيته ، إلا أن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فالشريك لا يفقد حقه في ملكية العقار بعدم الاستعمال . ولكن يفقده بحلول مالك آخر مكانه فقط ، وهو ما يفهم منه أن سقوط حق الملكية في العقار لا يكون بالتلاشي وإنما يكون بالتمليك .

بند [337] نتائج دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد

التشريع الإسلامي : متى أقام المدعي دليله أو بينته وصحت أمام القضاء وجب الحكم للمدعي على المدعى عليه برد الشيء موضع النزاع إلى المدعي ، فينزع من المدعى عليه ويسلم للمدعي ، متى كان قائمًا بذاته ، لم يتغير عن وقت وضع يد المدعي . وذلك في العقار ظاهر ؛ لأن العقار لا يسرع إليه الفساد ولا يتغير ، أما في المثلي أو المقوم فإن فات لزم المدعى عليه المثل أو القيمة ، والفوت في المثلي والمقوم يكون بتغير ذاته أو فنائه أو نقله أو دخول صفة فيه . والأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر لا تفوت بتغير سوق كالمثلي ، فترد بعينها .

أما الغلة فينظر إلى سبب وضع اليد للمدعى عليه ؛ فإن كان غصبا ولم يفت الشيء المغصوب وحكم برده عينًا فالغلة للمدعي المحكوم له . لأن من غصب عقارًا وسكنه أو اكتراه أو زرعه فللمغصوب منه غلة هذا العقار . وما أنفقه الغاصب على العين المغصوبة يحتسب من الغلة ؛ فلو زادت النفقات عن الغلة فالزيادة هنا لا يلزم المغصوب منه بها .

ولو فات المغصوب وحكم برد القيمة أو المثل فلا يحكم برد الثمار (الغلة) لأنه لا يجمع بين قيمة المقوم أو مثل المثلي والغلة [1] . لأن الغلة تبع للعين المحكوم بها متى كانت باقية . وإن كان وضع اليد لغير سبب الغصب ؛ فإن كان مجهول الحال ، أو كان ذا شبهة فله الغلة إلى يوم الحكم . هذا إذا ردت العين موضع النزاع . فإن ضمن المدعى عليه المثل أو القيمة فلا نظر للغلة ؛ لأنه لا يجمع بين الغلة والمثل أو القيمة . (وستأتي بقية الأحكام في الغصب) .

---

(1) قاعدة : لا يُجمَع بين قيمة المقوم أو مثل المثلي والغلة .

ويسقط حق استرداد عين الشيء المتنازع فيه بأحد أمرين :

أولًا : بحصول مفوت في المثلي والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله في المثلي ، ولو لم يكن فيه كلفة . وفي المقوم إذا احتاج لكبير حمل . وأما الأرض فترد بعينها ولا تفوت في الغصب .

ثانيًا : متى سقط حق الملكية بمضي المدة المقررة لسماع الدعوى والبينة .

وسقوط حق الملكية كما يكون في المنقول يكون في العقار بناقل شرعي أو بترك الشريك يتصرف كما يشاء ، بلا نكير منه في هدم أو بناء أو غرس أو قطع للشجر ، وكان هذا العمل كثيرًا في عشر سنين فلا تسمع دعوى المدعي ولا بينته . فإن كان قريبًا شريكًا أو غيره فما زاد على 40 سنة والأب وابنه فما زاد على 60 سنة . هذا في العقار . وأما في المنقول من عروض ودواب فالحيازة للقريب ما زاد على عشر سنين . ولا يكفي العشر مع الحضور والسكوت بلا مانع . والحيازة للأجنبي ما زاد على الثلاث سنين مع التصرف فيما حاز ، والآخر حاضر ساكت فلا كلام له بعد ذلك ولا تسمع له الدعوى ، سواء أكان شريكًا أم لا .

فإن فات الشيء المتنازع فيه بأي مفوت انتقل من استرداد العين إلى ضمان المثل أو القيمة [1] . فإن كان سببه الغصب فلا يسقط الضمان ولو طال الزمن . وإن كان لغير سبب الغصب يسقط المثل أو القيمة فيما زاد على الثلاث سنين مع الحضور والتمكن وإلا فمتى أمكنه ذلك .

ولا يكون سقوط حق الملكية إذًا في تصرف الشريك بالتلاشي ، وهو عند عدم الاستعمال . وإنما ذلك نشأ عن تصرف الشريك في الشيء المشترك مدة وهو حاضر ساكت بلا عذر ، فهذا دليل ملكية الشريك . (وضع اليد مع الاستعمال مدة) [2] .

---

(1) قاعدة : إن فات الشيء المتنازع عليه فيه بأي مفوت انتقل من استرداد العين إلى ضمان المثل أو القيمة .

(2) يقول ابن رشد : وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وسحنون ... راجع : بداية المجتهد جـ 2 ص 318 ، 319 وص 231 والشرح الصغير جـ 3 ص 239 ، ص 4 ص 69 .

بند [338] بحث وضع اليد

القانون الفرنسي : وضع اليد هو القوة الجسمانية التي تستعمل على شيء مع قصد التصرف كمالك حقيقي لهذا الشيء [1] .

الفرق بين الملكية ووضع اليد :

الملكية هي الحق الذي يملكه الشخص على شيء ، ووضع اليد هو القدرة الجسمانية التي تباشر على هذا الشيء . حقيقة ، في الغالب أن الملكية ووضع اليد دائمًا يكونان في يد واحدة . ولذا قالوا : إن وضع اليد علامة على الملكية ولكن قد يأتى أن مالك الشيء يفقده بالسرقة فهو مالك ، ولكن السارق هو واضع اليد فافترقا .

أشياء غير قابلة لوضع اليد : وهي حق الدائنية . ومع ذلك فإن الدين المحقق في الأسهم المالية لحاملها باعتبار أن الحق قد وجد في شيء مادي فيكون حينئذ قابلا لوضع اليد .

الأصلان المحققان لوضع اليد :

متى تحقق الشرطان الآتيان تحقق وضع اليد . وإن تخلف شرط منهما لا يوجد وضع اليد ، وإنما توجد حيازة أو وضع يد مؤقت وهما :

أولًا : قاعدة مادية طبيعية وهي القدرة على الشيء المملوك .

ثانيًا : قاعدة عقلية وهي الإرادة في التصرف كمالك حقيقي .

بند [339] التشريع الإسلامي

وضع اليد هو الصفة التي تعطى لشخص استعمل شيئًا وتصرف فيه كتصرف المالك الحقيقي وكان لا يعلم أنه لا يملك التصرف حقيقة شرعًا . فمن وضع يده على شيء وتصرف فيه ، وهو يعلم أن أصله مسروق ، فيجب عليه رده لصاحبه ولا يحل له شرعًا التصرف فيه .

وقد يكون الشيء تحت تصرف شخص لوضع يده عليه وهو غير مالك ، كمن اشترى من غاصب أو من سارق ، وهو يعلم ذلك ، أو كنفس السارق أو الغاصب فهو واضع اليد ولكنه غير مالك شرعًا .

---

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

وأما حق الدائنية في الأسهم المالية فإن كانت لغير حاملها فهي مال غير مقيد ملكه ، فهي لمن تكون معه ، إلا إذا ثبت أنه سارق أو غاصب أو متلقى الملك عنهما فيصح الدعوى فيها كالمنقول . وإن كانت لحاملها فهي مال مقيد ، فهي ليست لحاملها ، إلا إذا لم يعارضه أحد أو أقام دليل الشراء ، أو أي ناقل للملكية فهي منقول أيضًا .

ويتحقق وضع اليد بالشروط الآتية :

أولًا : أن تجول يد واضع اليد في الشيء الذي تحت يده بالفعل ، فيتصرف كمالك حقيقي بلا نكير أو معارضة من أحد .

ثانيًا : أن يكون الحائز ليس مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس ، فإن كان كذلك فإن الحيازة لا تنفعه ، وتسمع عليه بينة المدعي .

ثالثًا : أن لا يكون وضع اليد بسبب أمانة أو عقد انتفاع كوديعة أو عارية أو إيجار إلخ ، فإن كانت كذلك فلا يتحقق وضع اليد الشرعي .

رابعًا : إمكان التصرف من واضع اليد كمالك حقيقي ، فتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة إلخ ولو قصرت المدة . وأن لا يكون الشيء الموضوع اليد عليه ملكًا عامًّا للدولة ، أو لشخص خاص معروف .

بند [340] ملك وفقد وضع اليد

ملك وضع اليد

القانون الفرنسي : يتحقق وضع اليد متى تملك الشخص القدرة على الشيء المملوك بكافة الطرق التي تكون نتائجها امتلاك التصرف الخاص في هذا الشيء . ومتى تحققت إرادة واضع اليد في التصرف كمالك حقيقي كالبيع والهبة والبدل إلخ . ويفرض القانون دائمًا هذه النية عند وضع اليد .

ويمكن تملك وضع اليد بواسطة وكيل أو وصي أو وليّ ، ويتلاشى وضع اليد بفقد الشرطين السابقين أو أحدهما [1] .

---

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

عيوب وضع اليد :

العيوب التي يمكن أن تفسد وضع اليد هي :

أولًا : عيب الفصل وعدم الاستمرار في استعمال الشيء . ويتحقق هذا في عدم استعمال الشيء الموضوع عليه اليد استعمالًا عاديًا كاستعمال الملاك في أملاكهم حسب العرف والعادة ، كعدم قطع المرعى في الصيف والشتاء والعادة قطعها فيهما .

ثانيًا : عيب القهر والاغتصاب : يكون وضع اليد مشوبًا بعيب الاغتصاب حينما يتم بواسطة طرق فعلية أو إكراه أدبي . وهل يكفي أن يكون الاغتصاب في الابتداء أو يلزم استمراره في مدة وضع اليد ؟ خلاف . والراجح كونه في الابتداء فقط . وعيب الاغتصاب عيب خاص يتمسك به مَن وقع عليه الاغتصاب فقط .

ويختفي أثر الاغتصاب بمضي سنة من تاريخ الاغتصاب ووضع اليد بدون منازعة .

ثالثًا : عيب الوقتية ، وهو التملك لحساب آخر بعنوان وضع اليد ، وهو كل شخص ملزم برد ما تحت يده من أملاك إلى الآخرين كمؤاجر ومزارع ووصي وزوج إلخ .

وهذا النقص (الوقتية) ليس عيبًا في وضع اليد بل مانعًا من وضع اليد .

ووضع اليد المؤقت له الخصائص الآتية :

أولًا : أنه غير مظنون ولا مفروض ، بل المفروض أن المالك يملك لنفسه ومن يدع غير هذا فعليه إقامة الدليل .

ثانيًا : أن وضع اليد المؤقت مستمر دائمًا مهما طال الوقت ، ولا يختفي بهذا الطول بل ينتقل للورثة .

ثالثًا : هو عيب عام فيمكن لأي شخص أن يستند إليه كدليل ، وليس فقط لمن تدار الأملاك لحسابه .ولا يمكن للمغتصب بإرادته هو فقط تصحيح مركزه كمغتصب ؛ فلا ينقطع الاغتصاب إلا بوجود وضع يد من شخص ثالث ، أو ينتج عن معارضة في حق الملكية ، أو تلقى وضع اليد من الثالث كبيع أو هبة إلى المغتصب من شخص آخر معتقدًا أنه هو المالك الحقيقي .

كذلك يوجد وضع اليد اغتصابًا على حق الاستعمال أو الانتفاع ، كما إذا استعمل هذا الحق من شخص ثالث بسماح مالك العين نتيجة لسماح ضمني على

العين المملوكة ، كالمرور من أرض مملوكة للغير إلى أرضه .

ولا يختفي هذا العيب إلا بمعاوضة صريحة من المالك ، ويتحقق نص المادة 2232 قانون مدني (الأعمال الناتجة عن التسامح والتساهل لا توجد حقًّا ولا تسقطه) .

بند [341] التشريع الإسلامي

بما أن وضع اليد لا يتحقق إلا بفعل مادي ينتج عنه إمكان التصرف في الشيء الموضوع اليد عليه مع إرادة الملك والتصرف فيه كالمالك الحقيقي فمتى وجدت هذه الصفة وجد وضع اليد . فتحصل الحيازة في الشيء الممكن حيازته شرعًا بالبيع والهبة والصدقة إلخ ولو قصرت المدة . ويحمل حال الناس على الصلاح ما لم تقم قرينة أو بينة على خلافه [1] ؛ فيفرض في الحائز حسن النية .

وكما يكون التملك بوضع اليد من واضع اليد مباشرة يصح أن يكون من وليه أو وكيله أو وصيه متى حاز باسم من تحت إشرافه [2] .

ولا يتحقق وضع اليد (الحيازة) إلا إذا استمرت . ولهذا يشترط في شهود السماع على الحيازة أن يقولوا بالنص : (إنهم لا يعلمون خروج هذا الشيء عن ملك الحائز أو خروج شيء منه عن ملكه للآن) وإلا لما صحت شهادتهم . فيشترط في صحة الحيازة استمرار وضع اليد لوقت التصرف ، أو لوقت الحكم بالاستحقاق ، فترك استعمال حق التصرف ليس سببًا في ذاته للتلاشي ؛ فلو زالت الحيازة أو كانت موجودة لكن مع عدم نية التملك فلا يتحقق وضع اليد (الحيازة) . ومن اغتصب شيئًا من صاحبه وجب عليه رده إليه ، ولا تنفعه حيازته ؛ فحيازة الغاصب باطلة [3] والاغتصاب هو الذي لم تتحقق فيه إرادة المالك في التصرف ؛ بل كان مكرهًا إكراهًا فعليًّا . ومتى وقع الإكراه في الابتداء استمر الغصب ؛ فإن اطلع الحائز على

---

(1) قاعدة : يحمل حال الناس على الصلاح ما لم تقم قرينة أو بينة على خلافه

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 919 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : «تكون الحيازة بالواسطة ، متى كان الوسيط يباشره السيطرة على الشيء لحساب الحائز » ويلزمه الائتمار بالأوامر فيما يتعلق بهذه الحيازة .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(3) قاعدة : حيازة الغاصب باطلة .

فسادٍ فيما تملّكه وجب عليه رفع يده عنه ، متى كان الفساد مقتضيًا لذلك . فلا يفيد وضع اليد ولا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان بوجه الصحة المعتبرة شرعًا . فالمغتصب ليس حائزًا شرعًا وكذا الحائز عن المغتصب متى علم ذلك [1] إلا إذا فات المغصوب فيدخل في الضمان . فإن سكت المغتصَب منه مدة الحيازة الشرعية بلا عذر ، وكان حاضرًا فتسمع دعواه وبينته ، خصوصًا إذا كان المغتصب مشهورًا بالعداء والغصب لأموال الناس ، فإن الحيازة لا تنفعه ، فتسمع الدعوى وبينة المدعى ولو طال الزمن . فإن كان المدعي غائبًا أو كان حاضرًا ومنعه من الدعوى مانع كصغر وسفه وجور وظلم وحبس مثلًا فتسمع الدعوى والبينة ولا تنفع الحيازة ، ولو طالت المدة ، في منع سماع الدعوى والبينة . ومتى كان وضع اليد بالاغتصاب فلا يختفي الاغتصاب بمضي المدة على هذا الإيضاح ؛ فإن فات المغصوب مثليًا أو مقومًا دخل في ملك الغاصب وضمن المثل أو القيمة في الذمة [2] .

ويفسد وضع اليد (الحيازة) بنية الملكية متى كانت وقتية لحساب الغير ؛ بمعنى أن الأجير أو الزارع أو الأمين أو المستعير لو نوى بوضع يده هذا المؤقت أنه مالك فلا يفيده ملكًا ، بل ويعتبر غاصبًا متى طلب رب الشيء رده إليه وامتنع ، فيضمن من وقت امتناعه .

والحيازة للغير غير مفروضة بل المفروض أن الشخص يحوز لنفسه فمن ادعى غير ذلك فعليه الدليل . ولا يختفي وضع اليد المؤقت إلا إذا فات المغصوب مثليًا أو

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 928 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ونصها :

« 1 - يصبح الحائز سيئ النية من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير .

2 - ويعتبر الحائز سيئ النية من وقت إعلانه في صحيفة الدعوى ما يفيد أن حيازته اعتداء على حق الغير ، كما يعتبر سيئ النية إذا اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره » .

وهو ما يتفق مع المادة 915 من التقنين الكويتي ، والمادة 2/1148 من التقنين العراقي .

وهو ما يتفق كذلك ومع المبادىء العامة في الفقه الإسلامي . وتؤيده القاعدة التي تقول : « الأمور بمقاصدها » يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يتفق ذلك مع المادة 939 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية .

ومع المادة 926 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

مقومًا فينتقل ضمانًا في الذمة .

ولا يمكن للمغتصب تصحيح مركزه كمغتصب إلا إذا فات الشيء المغصوب ، فيملكه على أنه يضمن القيمة أو المثل يوم الغصب ؛ فإن اغتصب ثم اشترى أو ورث من شخص اعتقد أنه هو المالك فقد انقلب وضعه من ضمان الرد مع الغلة والثمار إلى رد العين فقط لأن له شبهة فإن فات المغصوب ملكه الغاصب .

وأما اغتصاب حق الاستعمال والانتفاع - بمعنى وضع اليد على حق الاستعمال أو الانتفاع - فلا يسمى اغتصابًا وإنما يسمى تعديًا ، لأن الاغتصاب لا يكون إلا للذات وأما التعدي على المنفعة فلا يكون بنية تملك الذات فيضمن المعتدي الغلة ولو لم يستعملها . ولا يضمن السماوي إلا التعدي على الحر والبضع فكالغصب .

واستعمال أي حق بسماح المالك كالمرور مثلًا لا يكسب حقًّا ، لأن السماح بالاستعمال ليس معناه تمليك العين المستعملة (1) .

بند [342] النتائج القضائية لوضع اليد

القانون الفرنسي : لوضع اليد في ذاته نتائج هامة :

1 - يعطى واضع اليد صفة المدعى عليه في قضايا الاسترداد وهو موقف ممتاز لا يكلف شيئًا (2) .

2 - يستعمل كأساس في كثير من أنواع الملكية (في شغل العين - تسليم المباع - سقوط الحق) .

3 - يملك واضعُ اليد حَسَنُ النية الثمرات .

4 - يستعمل كحجة للملكية في المنقول .

---

(1) يقول الدردير : والحيازة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بهدم أو بناء أو هبة أو صدقة أو زرع أو غرس أو إيجار أو بيع أو قطع شجر ونحو ذلك ، والتصرف في الرقيق بالعتق والكتابة والتدبير والوطء ونحو ذلك ... الشرح الكبير جـ 4 ص 68 ، 69 جـ 3 ص 248 وبداية المجتهد جـ 2 ص 239 جـ 322 الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

(2) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

5 – محفوظ ومحاط بدعوى استثنائية هي دعوى وضع اليد .

ملكية الثمرات لواضع اليد حسن النية :

قاعدة : الذي يملك عقارًا بحُسْن نية معتقدًا أنه المالك الحقيقي يملك ثمار هذا العقار ، ولا يجب عليه ردها للمالك الحقيقي لهذا العقار .

والشرط الوحيد لملكية الثمرات هو (حسن النية) ويكون واضع اليد حسن النية ، إذا كان واضعًا يده كمالك بقوة حجةٍ ملكيةٍ ناقلةٍ للملكية التي يجهل عيوبها ، والمراد بحجة ناقلة للملكية كل عمل يكون له نتائج قانونية لنقل الملكية كالبيع والبدل والهبة والوصية مثلًا .

ويجب أن يجهل واضع اليد كل عيب يشين الملكية كعدم أهلية البائع للتعاقد ، أو عدم قابلية العقار للتمليك ، وإلا اعتبر سيء النية .

حجة الملكية الفاسدة قانونًا : وهو أن يعتقد المالك أن سبب الملك صحيح قانونًا ، فإذا هو فاسد كهبة عملت تحت إمضاء عرفي غير مسجل ، ويعتقد واضع اليد أنها صحيحة . وكوصية كاذبة ، أو وصية ألغيت بأخرى لاحقة ، بدون علم واضع اليد ، وهو يكفي لتحقق حسن النية في امتلاك الثمرات لكن لا يكفي في حصول الملكية بوضع اليد لأن القانون اشترط صحة حجة الملكية .

والقانون يفترض حُسْنَ النية في واضع اليد ؛ فليس عليه إثباتها . وعلى من ادعى سوء النية إثبات ذلك . على أنه لو أظهر حجة ملكيته فتبين أنها فاسدة تعين عليه إثبات صحة اعتقاده أنها في نظره صحيحة لمصلحته .

ولا يكفي حسن النية لتملك الثمرات عند وضع اليد بل لا بد من دوامها ، ومن الساعة التي يعلم فيها واضع اليد أن حجة ملكيته معيبة تكون الثمرات للمالك الحقيقي .

قواعد ملكية الثمرات :

واضع اليد بحسن النية يملك ثمرات العقار الواضع يده عليه سواء أكانت ثمرات طبيعية أم صناعية أم مدنية ، لكن لا يملك المنتجات كمنتجات منجم الذهب أو مقطع الحجارة أو شجر عال ليس مقطوعًا .

كيفية امتلاك الثمرات :

أما الثمرات الصناعية والطبيعية فلا خلاف فيها . لأن الامتلاك بسقوط الحق والثمرات المدنية قيل : يملكها يومًا بيوم بمعنى أنه إذا آجر إجارة مستقبلة وقبض الأجر مقدمًا ، ثم استردت العين المؤجرة لصاحبها الحقيقي فعلى واضع اليد رد ما زاد عن يوم معرفة فساد ملكيته . وقيل : له الثمرات التي قبضها ، وليس له أخذ ما لم يقبضه إلى ظهور فساد ملكيته - وهذا راجح .

ويجب رد الثمرات من وقت رفع الدعوى برد العين المتنازع فيها ، ولو بقيت الدعوى سنينًا ، لأن الحكم في مثل هذه مظهرٌ لا موجد فكأنه ظهر يوم رفع الدعوى ولا ظلم على واضع اليد .

أما واضع اليد بسوء نية فعليه إرجاع الثمرات التي حصلها ، بل والتي أهمل تحصيلها وعليه أيضًا تعويض حرمان المالك من التصرف في ملكه مدة وضع اليد .

بند [343] التشريع الإسلامي

إن واضع اليد يكون مدعى عليه في دعوى الاسترداد ، وهو غير مكلف بإثبات شيء لأن وضع اليد معتبر حجة ويجب أن يُعارَض بحجة أقوى من المدعي .

ويستعمل وضع اليد بنية التملك وعدم التعدي في بعض أنواع الملكية (كإحياء الموات ، شغل العين ، تسليم المبيع ، سقوط الحق بمضي المدة مثلًا) . ويملك واضع اليد بحسن نية الغلة والثمرات ويصح أن يكون وضع اليد حجة للملكية في المنقول والعقار متى فاتا ، أو مضت مدة الحوز الشرعية فيهما .

ملكية الثمرات :

لمعرفة ملكية الثمرات يجب ذكر البحث الآتي :

أولًا : واضع اليد غاصب أو سارق أو محارب أو معتدٍ ، أو متلقٍّ ملكَه ووضعَ يده عن غاصب أو سارق أو محارب أو معتدٍ ، وهو يعلم بالغصب أو السرقة إلخ .

ثانيًا : الشيء الموضوع اليد عليه إما عقار أو غير عقار (منقول) ، وإما لا زال باقيًا على حالته التي أُخذ بها أو تغير في صفاته الأساسية لوجوده أو في ذاته ولو بالتلاشي أو تغيرت صفته مع بقاء عينه .

ثالثًا : واضع اليد ليس سارقًا ولا غاصبًا ولا محاربًا وكذا من تلقى عنه الملك أو كان ضحية لشخص اعتقد صحة ملكه أو ما كان يظن ملكية ذلك الشيء لأحد إلخ .

رابعًا : الشيء الموضوع اليد عليه إما عقارٌ أو منقولٌ بقي على حالته يوم وضع يده عليه أو تغير في ذاته أو صفاته الغالبة التي بها يكون وجوده مقومًا أو مثليًا .

ففي الحالة الأولى وهي الغصب والسرقة والحرابة ، ومن تلقى وضع اليد ويعلم بذلك ترد العين المغصوبة متى كانت باقية على حالها لم تفت إلى مالكها وترد معها جميع الثمرات والغلة إن بقيت ، فإن استعمل الغلة بإفنائها ضمن قيمتها أو مثلها ، فمن اغتصب نخلا أو شاة ووجدهما ربهما بذاتهما ، وكان الغاصب قد جنى ثمر النخل أو جز صوف الشاة أو شرب لبنها فيجب على الغاصب رد النخل وثماره والشاة وصوفها ولبنها إن كان الثمر والصوف واللبن موجودًا وإلا ضمن قيمته يوم الغصب وكذا حُكْم من تلقى عنهم الملك ويعلمون بذلك [1] .

وقد ذهب المشرع الإسلامي إلى أن الغاصب ومن في حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ، ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه [2] ، كما إذا تلفت الثمر بآفة سماوية لأنه متعدٍّ فيضمن . وكذا يرد الغاصب ما أثمر عنده من شجر أو ما نتج عنده من حيوان كذلك .

وخير المالك إذا كان المغصوب أرضًا وبَنَى أو غرس الغاصب في أخذ البناء أو الغرس ودفع قيمته منقوضًا أو أمره بتسوية أرضه ؛ فلو سكن ما بناه أو أكراه فلربها كراؤها براحًا لا مبنية . فإن لم يسكن ولم يكرها فلا شيء ؛ إذ مجرد البناء لا يوجب كراء .

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 943 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يكون الحائز مسئولا من وقت أن يصبح سيئ النية عن المنفعة التي حصل عليها ، والثمار التي يقبضها أو التي قصر في قبضها ، ويجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » .

والمادة 930 من التقنين الكويتي ، والمادة 1166 من التقنين العراقي ، والمادة 1192 من التقنين الأردني .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) قاعدة : الغاصب ومن في حكمه يضمنون الثمرة والغلة للمغصوب ولو هلكت بما لا قدرة لهم على دفعه .

فإن زرع متعدٍّ الأرضَ فإن لم يبلغ الزرع حد الانتفاع به برز على وجه الأرض أم لم يبرز أخذه المستحق بلا دفع شيء نظير البذر والعمل . وإن شاء أمره بقلعه . فإن بلغ الزرع حد الانتفاع به ، ولو لرعي ، فللمستحق أمر الغاصب بقلعه إن لم يفت وقت ما تراد الأرض له مما شأنه أن يزرع فيها غالبًا ، وللمستحق أخذه بقيمته مقلوعًا . فإن فات وقت ما تراد الأرض له فكراء سنة على المتعدي ، والزرع للغاصب . وقيل : للمستحق أرضه وقلع الزرع . وقيل : الزرع لرب الأرض فله أخذه ولو طاب وحصد .

فإن كانت العين المغصوبة غير موجودة على حالها يوم الغصب فيسمى (فوتا) . والفوت في المثلي والمقوم بتغير ذاته أو فنائه أو نقله في المثلي – وإن لم يكن فيه كلفة – أو نقله في المقوم إذا احتاج نقله لكبير حمل أو بدخول صنعة فيه ؛ ففي حالة فوت المغصوب هذه يستحق ربه مثل المثلي ، كمن اغتصب بيضًا فأفرخه ، فاستحق مالك البيض بيضه ضمن الغاصب مثل البيض عدًّا لا ما خرج من البيض من الدجاج مثلًا أو اغتصب قمحًا فطحنه . وفي المقوم يضمن القيمة كمن اغتصب بيتًا وهدمه ، والمثل والقيمة معتبران يوم الغصب [1] ، ومتى حكم بالمثل أو بالقيمة فلا يستحق المالك غلة أو ثمرة معهما ، لأنه لا يجمع بين الغلة والقيمة ، ولا بين المثل والغلة .

فإن كانت العين المغصوبة موجودة ولم تفت إلا أن الغاصب ألحق بها نقصًا في ذاتها ؛ فإن أفات المقصود منها كقطع ذنب دابة ذي هيئة ، أو قطع أذنها أو قطع طيلسانه أو قطع لبن شاة وبقر هو المقصود منها ، أو ذبح شاة مثلًا وأدركها ربها لحمًا خُيِّر المالك بين أخذ الشيء المغصوب أو المسروق وأخذ قيمة نقصه أو أخذ قيمته كاملًا وتركه للمعتدي . وأما في الحيوان المذبوح فليس له إلا الخيار في الأخذ مذبوحًا أو أخذ قيمته فقط .

وإن لم يُفِت ما أحدثه المعتدي في المغصوب المقصودَ منه تعين أخذ ما نقصه أي قيمة نقصه مع أخذه وليس لمالكه تركه للمعتدي وأخذ قيمته [2] .

---

(1) قاعدة : المثل والقيمة معتبران يوم الغصب .

(2) يتفق ذلك مع المادة 948 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها : « يكون الحائز سيئ النية مسئولًا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن سبب لا يد له فيه ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيًا من يد من يستحقه » وهذه توافق المادة 196 من التقنين الأردني ، =

وفي الحالة الثالثة وهي أن يكون واضع اليد ليس سارقًا ولا غاصبًا ولا محاربًا ولا من تلقى عنهم الملك كذلك ، أو تلقى الملك عن غاصب أو سارق أو محارب وهو لا يعلم ذلك .

ففي حالة وجود الشيء موضوع النزاع بيد المدعى عليه يجب رده لصاحبه المدعي مجردًا عن الغلة والثمرة . فإن كان واضع اليد ممن ذكروا واضع اليد بشبهة قوية فله الثمرة والغلة بدون رد شيء منها للمالك .

فالغلة الناتجة من الشيء المستحق من أجرة أو استعمال أو لبن أو صوف أو ثمرة لواضع اليد ذي الشبهة أو المجهول حاله لوقت الحكم بالاستحقاق ، فليس للمستحق قبل الحكم شيء منها . وكذا الحكم فيمن تلقوا الملك عن ذي الشبهة أو مجهول الحال أو غاصب ونحوه لا يعلمون شيئًا ، وهذا في العقار وفي المنقول [1] .

والقاعدة أن كل ذي شبهة استحق ما تحت يده يفوز بالغلة [2] ، ولكن يستثنى من ذلك :

أولًا : من وهب له الغاصب أو السارق ولا يعلم بالسرقة أو الغصب ، وحُكِم بأحقية هذا الشيء لمالكه ، فليس للموهوب له الغلة إلا إذا كان الغاصب موجودًا موسرًا مقدورًا عليه فإن كان معدومًا أو معسرًا أو غير مقدور عليه فالغلة للمستحق لا للموهوب له .

ثانيًا : من أحيا أرضًا ظنها مواتًا فتبين أنها مملوكة فلا غلة له ، بل الغلة لمالكها

= والمادة 2/934 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 942 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونص هذه المادة :

« 1 – للحائز الحق فيما يقبضه من ثمار ، وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية .

2 – وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة من يوم فصلها ، وتعتبر الثمار المدنية مقبوضة يومًا فيومًا . ويعتبر الحصول على المنفعة أنه قد تم يومًا فيومًا » .

وتتفق هذه مع المادة 1165 من التقنين العراقي ، والمادة 1191 من التقنين الأردني ، والمادة 929 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) قاعدة : كل ذي شبهة استحق ما تحت يده يفوز بالغلة .

الذي استحقها .

ثالثًا : الوارث الذي طرأ عليه دائن على المورث فلا غلة للوارث المطروء عليه بل يأخذ منه الدائن الموروث وغلته ، لأن التركة لا تكون للورثة إلا بعد سداد الدين متى كان الدين يستغرق التركة .

رابعًا : لو طرأ وارث على وارث وقاسمه في نصيبه فلا غلة للوارث الأول إلا بمقدار نصيبه ، ويأخذ الوارث الطارئ نصيبه وغلته من يوم الميراث .

فإن زرع ذو الشبهة أو من تلقى عنه الملك ، أو من تلقى عن الغاصب والسارق - ولم يعلم بالسرقة - الأرضَ التي استحقها ربها قبل الإبَّانِ (أي بدو صلاح الزرع) فليس لمستحق الأرض إلا الكراء عن تلك السنة وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع غير معتد .

فإن فات الإبَّان واستوى الزرع وقت الحكم بالاستحقاق فليس للمستحق على الزارع شيء ، لأن الزارع قد استوفى المنفعة ، والغلة لذي الشبهة أو المجهول ليوم الحكم .

فإن آجر ذو الشبهة الأرض موضوعَ النزاع ، فإن زرعها المكتري وجب كراء سنة ، ولا خيار للمستحق ، فإن زاد الإيجار عن سنة خيّر المستحق في الإمضاء والفسخ متى علم أجر كل سنة ، وإلا فالفسخ .

فإن حرث ذو الشبهة ولم يزرع واستحقت الأرض وجب على المستحق دفع كراء الحرث ، وكذا لو حرث المكتري من ذي الشبهة . فإن لم يدفع المستحق كراء الحرث لمن حرث قيل للحارث : ادفع كراء سنة ، وازرع الأرض ، فإن لم يدفع قيل : له سلم الأرض لصاحبها ولا شيء له . فإن أكراها سنة فللمالك فسخ الإيجار قبل الحرث وبعده لا بعد الزرع ففيها كراء سنة .

فإن بنى أو غرس ذو الشبهة قيل للمستحق : ادفع قيمة البناء أو الغرس قائمًا منفردًا عن الأرض ؛ لأن الفعل كان بشبهة . فإن أبى قيل للغارس والباني : ادفع قيمة الأرض براحًا للمستحق . فإن أبى أيضًا فشريكان بالقيمة يوم الحكم بالاستحقاق لا يوم الغرس أو البناء ؛ فتقدر قيمة البناء مثلًا بخمسين وقيمة الأرض قضاء بمائة وخمسين فيكونان شركاء بالربع للباني ، وبالثلاثة الأرباع لمستحق الأرض .

وقد جعل المشرع يوم الحكم حدًّا فاصلًا بين استحقاق الغلة والثمرة لمن يستحقونها وبين استحقاق المالك هذه الثمرة والغلة . فإن قبض واضع اليد أجرًا لمدة طويلة يعني زائدة عن يوم الحكم وجب عليه ردها . وليس الحكم بالاستحقاق موجدًا بل مظهرا ملكية المستحق . لكن واضع اليد كان ذا شبهة ونية حسنة فلم يظلمه في حقه مدة وضع يده ، ولكن في الغصب ؛ فإن الثمرة والغلة تستحق من وقت الغصب لأن فعله هدر ولا احترام له قانونًا فعليه إرجاع العين المغصوبة وما نتج منها من يوم الغصب . فإن قلنا إن الحق يرد من يوم رفع الدعوى كان هذا افتراض أحقية المدعي . والأصل أن المدعي لا حق له حتى يثبت حقه ، والإثبات ينتهي بالحكم فيتأكد حقه به . وقد يجوز أن يخفق في إثباته فتكون دعواه لا حقيقة لها .

ويؤدب الغاصب متى ثبت الغصب ولو كان صبيًّا مميزًا بما يراه الحاكم ولو عفا عنه المغصوب منه بضرب أو سجن أو نفي أو هما أو مع نفي ، كما يؤدب من ادعى غصبا أو سرقة أو تعدى على صالح مشهور بذلك [1] .

بند [344] قاعدة (وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية)

القانون الفرنسي : معناها أن وضع اليد في المنقولات حجة الملكية فيها ، وواضع اليد في المنقول مفروض فيه قانونًا أنه مالك لهذا المنقول ، وهذا الفرض لا يعارض بأي دليل يمكن إقامته مطلقًا فهو غير مقبول قانونًا [2] .

فلا تقبل دعوى الاسترداد في المنقول ، لأن وضع اليد دليل الملكية لواضع اليد ، فلا يقبل الدليل ضد هذا الدليل . فلو أعرت صديقًا عجلة يروح بها عن نفسه ثم خان الأمانة وباعها لثالث حسن النية ، فليس لك رفع دعوى استرداد قِبَل هذا

---

(1) يقول الدردير : الغصب أخذ مال قهرًا تعديًا بلا حرابة ، واشتراط الأخذ قهرًا يفيد استبعاد الأخذ اختيارًا كعارية وسلف وهبة والدين من المدين والوديعة ونحوها .

الشرح الصغير جـ 3 ص 234 ، جـ 4 ص 18 ، 69 وبداية المجتهد جـ 2 ص 317 وما بعدها .

يقول الدردير : موات الأرض أي الموات منها ما سلم عن اختصاص بإحياء لها ، وملكها بإحيائه لها ... الشرح الصغير جـ 3 ص 332 .

(2) انظر : بند 549 ، 550 ، في الباب الأول من الكتاب الثاني من المقالة الثانية ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

الشخص الثالث ، لأن القاعدة تمنعك ، ولك الرجوع على صديقك فقط بالثمن والتعويض أو طلب محاكمته جنائيًا لخيانته الأمانة . وهذه القاعدة ترجع إلى قانون العوائد ، والقانون يفرض أن الملكية في هذه الحالة وجدت مستندة إلى وضع اليد لا إلى مضي المدة .

تبرير وجود هذه القاعدة أنه جرت العادة بعدم تحرير عقود بيع المنقولات ، بل تسلم يدًا بيد . ولو فرضنا وصح قبول دعوى الاسترداد في المنقولات لوقفت حركة التجارة ، ولا يأمن أحد أن يشترى من تاجر أي شيء خشية أن لا يكون مملوكًا له .

شروط تطبيق هذه القاعدة :

يجب لتطبيق هذه القاعدة ثلاثة شروط

أولًا : يجب أن يكون وضع اليد على شيء مادي فبقي خارجًا عن هذه القاعدة الديون المدنية ، والديون التي توجد في أسهم الشركات تحت الأمر والإذن ، أو اسمية . ومع ذلك بقي من المنقول غير المادي ما يدخل تحت هذه القاعدة ، وهو الأسهم التي لحاملها فتتم ملكيتها بالتسليم والتسلم فقط ، بدون احتياج لشيء آخر .

ثانيًا : يجب أن يكون وضع اليد حقيقيًا بالمعنى المعروف قانونًا ؛ فالأمين على ما تحت يده ، والوكيل والمستأجر لا يمكنهم التمسك بهذه القاعدة ، كذلك وضع اليد الخفي والمبهم لا تطبق عليه هذه القاعدة .

ثالثًا : يجب أن يكون واضع اليد حسن النية ، أي معتقدًا أنه مالك حقيقي والقانون يفرض فيه ذلك ؛ فمن ادعى غيره فعليه إثباته ، فالسارق ومن وجد شيئًا لا تطبق عليهما القاعدة لأن نيتهما سيئة .

مستثنيات من قاعدة (وضع اليد في المنقولات دليل الملكية) :

يستثنى من قاعدة المادة 2279 المذكورة حالتان مع استجماعهما للشروط المطلوبة فلا تطبق عليهما هذه القاعدة . وذلك :

أولًا : حالة السرقة .

ثانيًا : حالة الضياع أو الفقد . فإذا فقد المنقول أو سرق من مالكه فله الحق في رفع دعوى استرداده لمدة ثلاث سنين ضد من وُجِد في يده ، حتى ولو كان حسن

النية ابتداء من يوم السرقة أو الفقد .

وإذا كان واضع اليد الحالي على المنقول المسروق أو المفقود قد اشتراه من سوق عام أو من معرض أو من تاجر يبيع أمثال المسروق فإن دعوى الاسترداد ممكنة دائمًا ، لكن بشرط أن يدفع طالب الاسترداد إلى واضع اليد ما تكلفه من الثمن .

الاستثناء الخاص بالسرقة من القاعدة العامة لا يشمل حالة خيانة الأمانة ، لأن خيانة الأمانة مفروض فيها اختلاس بخداع لشيء بواسطة شخص أودعه المالك الحقيقي له كالمؤتمن أو المستلف والمستلف بلا مقابل ، وذلك :

1 - لأن المادة 2279 نصت على السرقة فقط ؛ فلا تشمل خيانة الأمانة . ويجب التقيد بالنص .

2 - إن وادع الأمانة يمكن أن يلام ، لعدم تخيره رجلًا أمينًا ، بخلاف من سرق منقوله فلا اختيار له في شيء ، لذا ساعده القانون .

3 - إذا أبحنا التوسع في المستثنيات سيتلاشى الأصل .

بند [345] التشريع الإسلامي

إن وضع اليد على المنقول والعقار محترم في التشريع الإسلامي لأن المفروض في الناس عدم التعدي على بعضهم واحترام حقوق بعضهم البعض ؛ فوضع اليد حجة قاصرة [1] ، بمعنى أنها تبقى حجيتها ما لم تعارض بحجة أقوى منها فتقدم عليها . فإذا ادعى شخص أن هذا الشيء ملكه (عقارًا أو منقولًا)لأنه يحوزه وهو تحت يده وادعى آخر أنه ملكه لأنه تملكه بوجه من أوجه التمليكات الشرعية كشراء مثلًا فإنه تُقَدَّم بينة مدعي الملكية بالشراء على حجة وضع اليد .

فوضع اليد يمكن معارضته بأي دليل أقوى منه . ووضع اليد محترم ما دام لم يطرأ عليه ما يجعله على غير أساس ، كمن ادعى أن هذا الشيء ملكه وسُرِق منه أو اغتصب منه ، وأقام البيِّنة على ذلك ، فيؤخذ من يد واضع اليد ويسلم لمالكه . وهذا باتفاق التشريع السماوي والوضعي . إذًا وضع اليد حجة يمكن معارضتها بأقوى منها باتفاق . ولهذا تقبل دعوى الاسترداد في العقار والمنقول على حد سواء

---

(1) قاعدة : وضع اليد حجة قاصرة .

لأن وضع اليد ليس دليلًا كاملًا أمام القضاء فيقبل الدليل الأقوى منه ضده . فلو أعرت صديقًا عجلة يستعملها مدة ثم طالبته بها فوجدته خان الأمانة ثم باعها لثالث حسن النية إذا لم يعلم بخيانةٍ أو سيئ النية إذا علم ، فلك رفع دعوى الاسترداد على المشتري الذي وجدت عجلتك معه ، وهو صاحب الشأن في الرجوع على من باعه هذه العجلة . هذا إذا وجد الشيء بعينه ولم يفت . فإن فات بمفوت مما سبق فإن كان الفوات عند المشتري ضمن المثل أو القيمة وللمالك أن يرجع عليه ولو غير عالم بالغصب عند وجود الغاصب موسرًا مقدورًا عليه . فإن اتبعه رجع على الغاصب بالثمن على الذي دفعه له وقت البيع . وللمالك تضمين الغاصب عند فوات المغصوب عند مشتريه [1] .

وحيث لك الاسترداد فالقاعدة لا تمنعك . واسترداد المغصوب لا يمنع من تأديب الغاصب ، ولو كان صبيًّا كما يراه الحاكم ، ولو عفى عنه صاحب الشيء المغتصب ، لأنه حق الله ولا عفو فيه (حق عام كما يقولون) [2] .

والتشريع الإسلامي يفرض أن حال الناس محمول على الصلاح ؛ بلا اعتداء ؛ فيقر وضع اليد كدليل للملك في المنقول والعقار ما لم يعارض بدليل أقوى ؛ فالملك يستند إلى وضع اليد التي لم تعارض .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 953 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ونصها :
« 1 - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه إذا فقده أو سُرِق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة .
2 - فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه .
ويتفق ذلك مع المادة 939 من التقنين الكويتي ، والمادة 1164 من التقنين العراقي ، والمادة 1190 من التقنين الأردني .
(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية المادة المذكورة) .

(2) يقول ابن رشد : أجمع العلماء على أن من اغترس نخلًا أو ثمرًا بالجملة ونباتًا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع... قال النبي ﷺ : [ليس لعرق ظالم حق] وحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها .
بداية المجتهد جـ 2 ص 322 ، ص 145 ، ص 316 والشرح الصغير جـ 3 ص 234 جـ 4 ص 68 ، 69 .

تبرير قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملكية) [1] وهي قاعدة شرعية أن البيع في العقار والمنقول يتم بالإيجاب والقبول بدون شرط آخر ، فإذا تم البيع ووضع الشيء في يد المشتري وجب احترام وجوده على هذه الصفة حتى يظهر خلاف ذلك . وأما التفرقة بتحرير عقود البيع في العقار فيسترد دائمًا . وفي المنقول خلاف ذلك فلا يصح دليلًا على التفرقة ، لأن تحرير العقود في العقار ليس ركنًا في صحة البيع ، وإنما هي نظم إدارية اقتضتها معاملات الناس وخصوصًا الشخص الثالث .

ودعوى أن إباحة الاسترداد في المنقول يوقف حركة التجارة غير مسلمة ، لأنه يجب على المشتري أن يعرف ممن يشترى ، ويجب على البائع أن لا يبيع غير ما يملك . يستوي في ذلك العقار والمنقول . على أن المشرع الإسلامي احتاط لفساد الزمن و لافتيات الناس بعضهم على بعض ؛ فقرر أن من ادعى استرداد شيء لغصب أو سرقة ولم تكن دعواه حقًّا ، بل أريد بها الكيد أدِّب بما يراه الحاكم من حبس وسَجْن وتعزير . وكذا من غصب أو سرق فلكل حكمه في الحدود – على أن الأشياء التي استثناها القانون من هذه المادة هي من اؤتمن على ما تحت يده ولم يؤده ، والوكيل ، والمستأجر إذا لم يردوا ما تحت يدهم لأربابه ، فلا ينتفعوا بهذه القاعدة فيصح أن يدعى عليهم للاسترداد . والسارق ومن وجد شيئًا كذلك . فالشيء الضائع والمفقود والمسروق يصح استرداده . وهذه هي الأشياء التي تسترد في التشريع الإسلامي ، لأن المنقول إما مغصوب أو مسروق أو مفقود أو كان تحت أمين ولم يرده لربه وقت طلبه كالأمانة والعارية والمستأجر إلخ فيعتبر هؤلاء غاصبين .

فالتشريع الوضعي أخذ هذه المستثنيات من التشريع الإسلامي بلا شك ، لأنه لا فارق بينهما والمتأخر التشريع الوضعي فأخذ عن الإسلامي لأنه نشأ في موطنه .

شرط تطبيق قاعدة (وضع اليد يعادل حجة الملك في المنقول والعقار) [2] .

هذه القاعدة تطبق على العقار والمنقول إذا لم تعارض بحجة أقوى ، فيرجع إلى ترجيح البينة أو أدلة الإثبات – ومعلوم أن الاسترداد أو الاستحقاق لا يكون إلا لشيء مادي فالدين خارج عن تطبيق هذه القاعدة ، لأنه في الذمة ، إلا أسهم

---

(1) قاعدة : وضع اليد يعادل حجة الملكية .

(2) قاعدة : وضع اليد يعادل حجة الملك في المنقول والعقار .

الشركات التي لحاملها أو تحت الأمر والإذن فهي ملك لمن بيده مالم ينازعه أحد . وأما الأسهم الاسمية فمعها دليلها فتسترد لأنها مقيدة في الشركة باسم صاحبها ومنها اسمه .

والأمين على ما تحت يده إذا امتنع عن أداء الأمانة لصاحبها اعتبر غاصبًا من وقت الامتناع كالمستعير والمكتري والمستأجر والوكيل إلخ فترفع ضدهم دعوى الاستحقاق في المنقول والعقار ، وكذا السارق ومن وجد شيئًا .

واسترداد المنقول أو دعوى استحقاقه لا يصح أن تترك مدة فتتزعزع ثقة الناس في التعامل . فوضع المشرع الإسلامي لها قواعد مفصلة كالآتي :

أولًا : إن حيازة غير العقار من عروض ودواب ورقيق من قريب للمالك سواء أكان شريكًا أم غير شريك لا بد فيها من الزيادة على العشر سنين مع حضور المالك والسكوت بلا مانع في تصرف واضع اليد في المنقول وكان مملوكًا لقريبه بعتق أو كتابة أو وطء أو هبة أو صدقة أو بيع أو إيجار إلخ فلا تفوت على مالكها القريب ، إلا إذا زادت مدة الحيازة على عشر سنين ، فإن فاتت في هذه المدة انتقل الضمان إلى القيمة أو المثل فإن فاتت مدة الحيازة فلا تسمع الدعوى ولا البينة متى كان حاضرًا ساكتًا بلا مانع .

ثانيًا : إن كان الحائز للمنقول غير قريب للمالك ، شريكًا أو غير شريك ، وتصرف فيما حاز والآخر ساكت حاضر بلا عذر فمدة الحيازة فوق ثلاث سنين ؛ فلا تسمع دعوى الاسترداد للعين أو القيمة بعد هذه المدة .

ويستثنى من ذلك الدابة للركوب وأمة الخدمة فالحيازة فيهما سنتان فقط فلا تسمع دعوى مدع ولا بينة إذا كان حاضرًا ساكتًا بلا عذر ، والثوب للبس فحيازته سنة فقط ، وأما أمة الوطء فتفوت بوطئها بالفعل مع علم ربها وسكوته بلا عذر [1] .

ثالثًا : إذا كان وضع اليد (الحيازة) على منقول أو عقار مملوك للغير بإعارة أو إجارة أو عُمرى أو إخدام أو مساقاة مثلًا فتسمع بينة المدعي ، ويقضى له بمقتضى

(1) يقول الدردير : « إن كان المدعى عليه غائبًا أو كان حاضرًا ومنعه من التكلم مانع فإنها تسمع دعواه وبينته . ومحل عدم سماع بينة المدعي ما لم يكن الحائز مشهورًا بالاعتداء والغصب لأموال الناس فإن الحيازة لا تنفعه ، كما في النقل عن ابن القاسم الشرح الصغير جـ 4 ص 69 .

البينة أو إقرار المدعى عليه . ولا تنفع في ذلك حيازة . فالشيء المتنازع فيه باق على ملكية صاحبه إلا إذا فات بمفوت شرعي . ومحل سماع البينة في هذه الحالة أن لا يحصل من الحائز بحضرة المدعي وسكوته بلا عذر ما لا يحصل إلا من المالك كالبيع والهبة والصدقة ، وإلا فلا تسمع الدعوى .

وعلى ذلك لو تصرف غير المالك مطلقًا (قريبًا أو أجنبيًا أو شريكًا أو لا) بهبة أو صدقة أو عتق أو بيع إلخ ، والمالك حاضر عين التصرف عالمٌ به ، ولم ينكر مع تمكنه من الإنكار مضى فعل غير المالك ، ولا كلام للمالك . وللمالك في البيع بحضوره وسكوته بلا مانع أخذ ثمن المبيع ؛ لأن حضوره مع سكوته بلا مانع إذن منه وإقرار للبيع إن لم يطل كسنة . فإن مضى العام فلا ثمن له أيضًا إن قبضه البائع. وإلا فللمالك قبضه بعد الأجل ، لأن البائع قد استحق الثمن بالحيازة مع يمينه .

وفي التصرف بدون عوض كالهبة والصدقة فإن حضر وسكت فلا شيء له ، وإن لم يحضر وعلم فقام يُقْضَى له ، وإن سكت العام بعد علمه فلا شيء له .

والحكم بالاستحقاق لا يقتضي دفع ثمنٍ من المدعى ، لأنه لا معنى للاسترداد إذا وجد عين شيئه فادعاه فكان صادقًا فحكم له . ومن استحق منه المبيع يرجع على بائعه بما دفع من الثمن . ولا شأن للمستحق في ذلك ، سواء كان المستحق منه مشتريًا من سوق عام ، أو من تاجر يبيع مثل الشيء المتنازع فيه . وعلى المشترى أن يتحقق قبل شراء أي شيء أن البائع له يملكه ، ولو يغلب على ظنه مثلًا لأنه واضع اليد ، فلا يدفع المسترد شيئًا من ثمن ولا من غيره إلا إذا كانت نفقات بها وجود الشيء المسترد ولا غلة له تحتسب منها .

ويدخل في حكم الغصب من خان الأمانة التي اؤتمن عليها ، وكذا السرقة من يوم الطلب والامتناع عن التسليم من غير أن يدعي الهلاك بغير تفريط منه في الأمانة ، وأما في السرقة فحكمه حكم الغاصب [1] .

---

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 949 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على ما يأتي : « من حاز حق ملكية أو حقًّا عينيا آخر على عقار غير مقيد في السجل العيني ، أو حاز حق ملكية أو حقا عينيا آخر على منقول مدة خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى بالملكية أو بحق عيني آخر من أحد بعد تركها طوال هذه المدة بغير عذر شرعي » ويتفق ذلك مع المبادئ التالية التي يقرها الفقه الإسلامي وهي : =

....

= 1 - أن الحائز لا تطلب منه البينة على ما يدعيه ، كما أن المدعي لا تقبل منه البينة على ما يدعيه .
يقول التسولي : « الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه ، وبأي سبب صار له » (كتاب البهجة في شرح التحفة 239/2) .
وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو عامله أي أنها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكها . ومحل قطعها لذلك إذا لم يعلم أصل مدخله . أما إذا علم ككونه دخل بكراء من القائم أو إسكان أو مساقاة ونحو ذلك فإنها لا تقطعها ولو طالت » (المرجع المذكور ص 238) . ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية تنتج آثارها لمصلحة الحائز ، أي تقطع حجة القائم وهو المدعي ملكية المال المحاز مع علم أصل ملكه ، أي معرفة أصل ملك المدعي للمال المحاز عليه ، فبالرغم من إثبات المدعي لملكيته للمال المحاز عليه فإن الحائز يستحق ملكية هذا المال دونه ، كما يفهم منه أنه مع العلم بأصل الملك للمدعي ، فإنه يجب عدم العلم بأصل مدخل الحائز في الحيازة . وهذا يعني أن لا تكون الحيازة عرضية ، إذ لو علم أن دخول الحائز كان بسبب إجارة أو ما أشبه فالحيازة عرضية ، ومن ثم لا تنتج أثرها لمصلحة الحائز .
يقول خليل : « وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين ، لم تسمع دعواه ولا بينته ، إلا بإسكان ونحوه » (مختصر العلامة خليل 272) . ويفهم من هذا النص أن الحيازة الشرعية وهي التي استوفت شروطها ، تجعل دعوى مدعي ملكية المال المحاز غير مسموعة ، ولا تقبل بينته ، أي لا يقبل منه إثبات ملكيته لهذا المال ؛ لأن الحيازة الشرعية تعتبر بينة أقوى من بينة مدعي الملكية . وإنما تقبل بينة المدعي إذا كانت خاصة بإثبات أن الحيازة عرضية بإيجار ونحوه ، إذ في هذه الحالة لا تكون الحيازة حيازة حقيقية فلا تنتج آثارها لصالح الحائز .
2 - أن يترك المدعي الدعوى طوال المدة المقررة لعدم سماعها بغير عذر شرعي يحول بينه وبين أن يرفعها ، إذ إن هذا القدر من شأنه أن يقف سريان مدة عدم سماع الدعوى لصالح المدعي ، فتسمع دعواه ، ويقضى له إذا نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه .
يقول خليل : « ثم ادعى حاضر ، ساكت بلا مانع » المرجع السابق .
ويقول المواق : « وقال ابن الحاجب : العمارة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت ، بلا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبه ، فغير مسموعة (على هامش شرح الحطاب 221/6) .
ويقول الحطاب : « إلا أن تكون اليد كلا يد مثل أن يكون غاصبًا أو ذا سلطان غير » شرح الحطاب 192/6 .
ويقول أيضًا : وقوله ساكت يعني أنه يشترط أيضًا في الحيازة أن يكون المدعي ساكتا في مدة الحيازة . واحترز بذلك عما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة ، فإن حقه لا يبطل . وقوله بلا مانع يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام ، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر ، المراد بالمانع في كلامهم : خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان ، فإن كان سكوته لذلك لم يبطل حقه .
قال الجزولي : « وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين ، وخاف إن نازعه أن يطلبه ، ولا يجد من أين يعطيه . ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرًا أو سفيها فإن سكوته لا يقطع دعواه . ابن فرحون في تبصرته (المرجع السابق ص 222) .
=

....

= ويقول ابن فرحون : « ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز ، ولا بينه وبينه قرابة ولا مصاهرة ، ولا مصادقة ، ولا شركة ، (على هامش فتح العلي المالك لعليش 95/2) .
وقال في الحيازة عن الغائب : إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون في يد عدو ، أو من وراء بحر ، أو يكون ضعيفًا ، أو مختلًّا ، أو امرأة محجوبة ، وما أشبه ذلك من العذر فيكون على حقه أبدًا ... وإن لم يكن ضعيفًا في بدنه ، ولا مختلًّا في عقله ، فأراه على حقه أبدا ، ما زال غائبا ؛ لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف » (تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ، لعليش 77/2) .
ويقول الدسوقي : « في حاشيته على الشرح الكبير وكذا قوله : « أو قام به مانع : (قوله ونحوه) : من ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يَزْجُر ويُزْجَع إليه . ولذا قال ابن عمر : الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام ، وأما في البادية ونحوها فلا حيازة . ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز ، أو من سطوة من استند إليه الحائز (حاشية الدسوقي 207/4) .
وقد نصت المادة 518 من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك على ما يأتي : « من حاز عقارًا ، أو منقولًا مدة يقضي العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك فإنه يستحقه بهذا الحيازة ولا تسمع معها دعوى من ينازعه في ملكيته ولا بينته » . وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي : « ومعنى أن الحيازة لا تسمع دعوى المنازع في الملكية أنه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . وهذا لا ينافي أنها تسمع منه سماع استيضاح ، لاحتمال أن الحائز يقر له بملكيته للشيء المحاز مثلًا . وإنما لم تسمع دعوى المنازع للحائز مع الحيازة التي يقضي العرف بأنها حيازة ملك ؛ لأن العرف يكذبه في دعوى ملكيته للشيء المحاز لجريان العادة بأن مالك الشيء لا يسكت على حيازة الغير له ، وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه هذه المدة (الشرح الكبير وحاشيته 206/4 وما بعدها) .
ونصت المادة 520 من مشروع تقنين الشريعة على مذهب الإمام مالك الذي أصدره مجمع البحوث الإسلامية في مصر على ما يأتي : « يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا بينته ما يأتي :
1 - أن يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف إن كان أجنبيا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز ، أو بتصرف يخرجه من يده ، أو يغير ذاته إن كان أجنبيا شريكا ، أو كان قريبا مطلقًا .
2 - أن يدعي حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز ، ولو لم يبين سبب الملكية .
3 - أن يكون المنازع للحائز حاضرا ببلد الشيء المحاز وعلم بالحيازة ، وسكت عليها بغير عذر طوال مدة الحيازة .
وجاء في إيضاح هذه المادة ما يأتي : « تصرف الحائز في الشيء المحاز بأي نوع من أنواع التصرف كتصرفه فيه ببيع أو هبة أو بكثير بناء أو هدم ، أو كثير غرس شجر ، أو قطعه ، أو استغلاله بإجارة ، أو مساقاة ، أو انتفاعه به بزرع أو سكنى . وتصرفه فيه بنوع تصرف يخرجه من يده ، أو يغير ذاته كتصرفه فيه ببيع ، أو هبة ، أو بكثير بناء ، أو هدم ، أو كثير غرس شجر ، أو قطعه . ومعنى الإطلاق في قريب المنازع هو كونه شريكا له أو غير شريك . والمراد بحضور المنازع ببلد الشيء المحاز هو حضوره به حقيقة ، أو حضوره به حكما ، بأن يكون قريبًا منه بحيث لا يخفى عليه حال الشيء المحاز . والمراد بالعذر هو المانع الذي يحمله على عدم المطالبة بحقه =

بند [346] دعاوى وضع اليد

القانون الفرنسي : هي دعوى قضائية يرفعها واضع اليد على عقار لمنع معارضة الغير له في وضع يده أو في استعمال حقه العيني أو لاسترجاعه وضع يده على عقار أخرج منه عنوة . وهذه الدعوى تقابل بدعوى إثبات الملكية وهي الدعوى التي تقام من شخص يدعي أنه المالك الحقيقي لعقار أو أنه مستحق لحق عيني على العقار كمنتفع أو مستعمل يريد بها الاعتراف في القضاء بحقوقه المنكرة أو المأخوذة بالقوة عنوة [1] .

لكن الفرق بينهما أن دعوى وضع اليد لا تتعلق بالملكية ورافعها لا يتعرض لإثبات ملكيته . أما دعوى الملكية فهي منصبة على إثبات الملكية نفسها .

أقسام دعاوى وضع اليد :

يمكن ذكر ثلاثة أنواع من دعاوى وضع اليد :

أولًا : دعوى منع تعرُّض ، وهي الدعوى التي يرفعها واضع اليد على المتعرِّضِ له في وضع يده لتكون نتيجتها وضع حد لهذا التعرض الذي هو ضحيته ، كفتح

= كإكراهه على السكوت ، أو صغره ، أو سفهه ، أو جهله بملكيته للشيء المحاز . أما جهله بأن الحيازة تسقط حق المنازع وتقطع بينته فلا يعذر به . ويعلم من هذا النص :

أولًا : أن تصرف الأجنبي الذي ليس شريكا يكفي فيه بأن يكون أي نوع من أنواع التصرف . بخلاف تصرف الأجنبي الشريك ، أو القريب مطلقًا فإنه يشترط فيه أن يكون بنوع يخرج الشيء المحاز من يده أو يغير ذاته .

ثانيًا : أن مجرد الحيازة بدون دعوى الملكية لا يكفي في استحقاق الحائز للشيء المحاز ؛ لأن الحيازة لا تنشئ ملكًا وإنما تدل على ملك المدعي .

ثالثًا : أنه إذا تخلف شرط من شروط الحيازة فإنها لا تعتبر ، وتسمع معها دعوى المنازع وبينته (الشرح الصغير وحاشيته 414/2 ، الشرح الكبير وحاشيته 206/4 ، شرح المجموع 278/2) .

والمادة تتفق مع المادة 1/1158 من التقنين العراقي ، والمادة 1181 من التقنين الأردني ، والمادة 935 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في المادة 949) .

(1) انظر : بند 549 ، 550 في الباب الأول ، من الكتاب الثاني من المقالة الثامنة ، من تعريب القانون المدني الفرنساوي ، الجزء الأول ص 123 .

شباك على ما أنا واضع يدي عليه فلي الحق في طلب سد هذا الشباك .

ثانيًا : دعوى ترك العمل الجديد ، وهي الدعوى التي ترفع من واضع اليد طالبًا فيه الأمر بإيقاف عمل ، وعدم إتمامه ، بحيث لو تم هذا العمل لأوجد ضررًا لواضع اليد الطالب كمالك عقار للغير عليه حق المرور شرع في إقامة مبان لو تمت لمنعت صاحب حق المرور من استعمال حقه . فللغير رفع دعوى طلب إيقاف هذا العمل الذي لو تم لأضر باستعمال حقه .

ثالثًا : دعوى إعادة وضع اليد ، وهي الدعوى التي ترفع من واضع يد على عقار انتزع منه قهرًا ، طالبًا إعادة وضع يده ثانيًا على هذا العقار .

الدعوى الأولى والثانية ترفعان من واضع اليد الحقيقي فقط ، وأما الثالثة فترفع حتى من واضع اليد المؤقت كالمؤاجر والمزارع .

بند [347] التشريع الإسلامي

التشريع الإسلامي يحمي واضع اليد دائمًا حتى يظهر أن واضع اليد غير محق فيقضي عليه بما أقيم من بينة ، وجعل لواضع اليد الحق في رفع دعوى منع معارضة الغير له في استعمال حقه أو في استرجاع وضع يده على ما كان تحت يده وأخذ اغتصابًا أو سرقة أو في منع التعدي من الغير بما يمنع استيفاء المنفعة أو ينقصها ، يستوي في ذلك المنقول والعقار كما سبق إيضاحه ، والمدعي هو واضع اليد .

وأما دعوى إثبات الملكية فهي الدعوى التي ترفع من شخص يدعي أنه المالك الحقيقي لعقار أو منقول أو أنه مستحق لحق عيني على العقار كمنتفع أو مستعمل بأي وجه شرعي يريد بها إثبات حقوقه .

فلواضع اليد طلب منع ما يضر به في وضع يده أو ينقص حق استعماله على ما تحت يده ، فيقضَى لواضع اليد على جاره بسد طاقة حدثت وأشرفت على الجار ، فإن كانت قديمة لعشر سنين أو كانت عالية لا يمكن التطلع على الجار منها إلا بصعود على سلم فلا حق له في طلب سدها . ومتى قضى بسدها فلا بد من سدها من أصلها وإزالة ما يدل عليها من عتبة أو خشبة ونحوهما خوفًا من الادعاء

مستقبلًا أنها قديمة وهذه آثارها [1] .

ويقضى لذي اليد بمنع الجار من إحداث ذي دخان كحمام وفرن ومطبخ يتضرر الجار به ويقضى بمنع إحداث ذي رائحة كريهة كمدبغة ومذبح ومسمط ، ويقضى بمنع ما يضر بالجدار كمدقة وطاحون وبئر وغرس شجر ، وبمنع إحداث إصطبل للدواب لما فيه من ضرر رائحة الزبل بالجدار وصوت الدواب ، وبمنع إحداث حانوت قبالة باب ولو بسكة نفذت للزوم جلوس الناس فيه [2] (فإن كانت قديمة فلا اعتراض لأحد) . فيجوز لواضع اليد أن يطلب من القاضي منع إتمام بناء لأي شيء مما ذكر . فإن تم البناء ولم يطلب جاز له الطلب لعشر سنين لحدوث الضرر بالفعل .

كما يجوز لواضع اليد طلب إزالة ما يعترض استيفاء منفعة خاصة له أو منفعة عامة ، فيقضى بهدم بناء في طريق يمر فيها الناس ، ولو لم يضر بالمارين ؛ إذ لاحق له في ذلك مع كون البناء المذكور من شأنه الضرر .

بل ذهب المشرع الإسلامي إلى أزيد من ذلك في المحافظة على وضع اليد واحترامه ، فقال : ويقضى بجلوس باعة بأفنية دور لبيع خف . وقضي للسابق من الباعة إن نازعه غيره (يعني يحترم محل جلوس الباعة بجوار المنازل لبيع ما خف

---

(1) يتفق ذلك مع المادة 940 من مشروع القانون المدني طبقا للشريعة الإسلامية ، ونصها : « لحائز العقار إذا استمرت حيازته سنة كاملة ، ثم وقع له تعرض في حيازته أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض » .

ويتفق ذلك مع المادة 1154 من التقنين العراقي ، والمادة 927 من التقنين الكويتي فيما عدا المدة التي ترفع الدعوى خلالها ؛ إذ هي ثلاث سنوات .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يتفق ذلك مع ما جاء في المواد 809 ، 810 ، 811 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . ونص المادة 809 : « على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به القوانين واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ، أو المصلحة الخاصة » وتنص المادة 810 على أنه : « يجب أن تقام المحال والمنشآت المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة على المسافات المبينة في القوانين واللوائح ... » ونصت المادة 811 على وجوب ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف ... » وإنما يتفق هذا كله مع وجهة الفقه الإسلامي في النظر إلى الحقوق . راجع الموافقات للشاطبي 238/2 والمواد 57 حتى 64 من مرشد الحيران ، والمواد 1198 حتى 1209 من مجلة الأحكام العدلية .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

كقليل من الخضار أو الطيور مثلًا ، ويقضى لمن سبق منهم بمجلسه على من ينازعه) فإن كثر الباعة أو جلسوا للتحدث ونحوه فإنهم يقامون .

ويقضى بإعادة الشيء لواضع اليد عند انتزاعه منه قهرًا حتى ولو كان ذا منفعة كمستعير أو مستأجر ، إلا إذا نازعه الغير وادعى الملكية وأثبته فلا يُمكَّن واضع اليد من العودة لوضعها ، لاستحقاق ما تحت يده [1] فتكون دعوى منع تعرض الغير لما تحت اليد ، ودعوى ترك العمل الذي لو تم لأحدث ضررًا . ودعوى الإزالة ودعوى إعادة وضع اليد موجودة في التشريع الإسلامي منذ وجوده ، فيرفع الدعوى الأولى ، والثانية واضع اليد بنية التملك والثالثة يصح أن تكون من واضع اليد لا بنية التملك كما تكون من واضع اليد بنية التملك [2] .

(1) يتفق ذلك مع ما جاء في المادة 939 من مشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية . والمادة 926 من التقنين الكويتي .

(انظر : المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون المدني طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ، المادة المذكورة) .

(2) يقول ابن عسكر : وله فتح روزنة لمصلحة ، حيث لا يطلع منها على جاره . وإذا تداعيا حيازة ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآخر والطاقات فإن استويا فهو مشترك فلا يتصرف فيه إلا بإذن الشريك ....

إرشاد السالك ص 101 والشرح الصغير جـ 3 ص 239 وبداية المجتهد جـ 2 ص 316 ، 322 .

نتيجة المقارنات من بند 332 إلى نهاية بند 347

يتفق التشريعان فيما يأتي :

نزع الملكية للمنفعة العامة - تثبيت حق الملكية (دعوى الاسترداد) - دليل الملكية - نتائج دعوى الاسترداد - وضع اليد - شرط وضع اليد - ملك وفقد وضع اليد - عيوب وضع اليد - نتائج وضع اليد القانونية - وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية - دعاوى وضع اليد (دعوى منع تعرض) - دعوى ترك العمل الجديد - دعوى إعادة وضع اليد .

تم الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله (التمليك)

فهرس عام للجزء الأول من

كتاب « المقارنات التشريعية »

الاســـــم	رقم البند	رقم الصفحة
صورة ما رفع للسراي الملكية		33
صورة ما رفع لمشيخة الإسلام في القاهرة		36
مقدمة		41
افتتاحية الكتاب		61
القسم الأول		
أصول التشريع	2	63
أولًا : أصول التشريع الوضعي		63
ثانيا أصول التشريع الإسلامي		65
النتيجة لأصول التشريع	4	72
القوانين الوضعية بمصر	5	74
أنواع الحكومات	6	77
نظرة عامة في القوانين	7	80
عمل القوانين	11	83
إلغاء القوانين	13	87
تطبيق القوانين الفرنسية	15	91
الشخصية القانونية	17	94
أهلية الشخص	22	98
إشهادات الأحوال المدنية	25	103
سجل الأحوال المدنية	27	104
قوة الإشهاد المدني في الإثبات	29	105

الولادة والوفاة	31	107
اسم الشخص	33	108
محل الإقامة	35	111
نتائج قضائية لمحل الإقامة	37	114
الشخص المعنوي	39	115
أهلية الشخص المعنوي	44	119
نهاية الشخص المعنوي	46	120
العقد القانوني	48	123
شروط وجود ، وشروط صحة التعاقد القانوني	51	125
الإرادة	54	128
صيغة العقود القانونية	58	133
حرية المتعاقدين	61	139
الشرط المبطل للحق	63	141
الأجل المحدود	65	143
نتائج العقود القانونية	67	145
إلغاء العقود القانونية	69	147
نتائج حكم إلغاء العقد القانوني	71	151

القسم الثاني

العائلة	73	153
الزواج	76	154
تكوين الزواج	83	160
اختلاف الجنس	87	161

رضاء مريدي الزواج	89	163
السن المطلوبة للزواج	92	165
رضاء الأقارب	95	167
عدم وجود زواج سابق لم يحل	101	174
عدم وجود رابطة قرابة أو نسب	106	179

الكتاب الأول

العدة	117	187
إعلان الزواج	120	188
إعلان الزواج في القانون الدولي	122	192
المعارضة في الزواج	124	193
إلغاء الزواج	128	197
أقسام الفسخ	130	201
الإلغاء الخاص	136	207
حق طلب الإلغاء	138	209
نتائج إلغاء الزواج	142	211
حصر نتائج الإلغاء في الماضي	144	214
نظرية الزواج الفاسد	146	217
دليل الزواج	148	219

الكتاب الثاني

نتائج الزواج	150	223
واجبات الزوجين المتقابلة	153	225
السلطة الزوجية	155	229
عدم أهلية المرأة المتزوجة	157	232

ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة	159	234
قواعد إذن المرأة	165	238
صيانة عدم الأهلية	167	241
انحلال الزواج	171	245
الطلاق	174	247
أسباب الطلاق	176	249
إجراءات الطلاق	178	252
احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق	182	256
نتائج الطلاق	184	258
التفريق الجسماني وأسبابه	190	264
البنوة	193	269
دليل شرعية الولد	195	270
الولد السابق على الزواج	198	273
إثبات البنوة	200	274
الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية	202	277
دعوى إنكار الأبوة	205	280
دعوى إثبات البنوة	211	287
البنوة الطبيعية	213	288
البحث عن الأمومة	219	296
قواعد ولد الزنا وولد مضاجعة الأقارب	223	300
التبني وأولاد الشعب	227	303
أطفال الشعب	231	307
النفقة	233	310

شروط وجوب النفقة	235	314
مادة وطبيعة النفقة	237	317

الكتاب الثالث

السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية	239	320
واجبات السلطة الأبوية	242	323
مدى سلطة إدارة أموال الطفل	245	326
التمتع القانوني	247	328
عديم الأهلية وحمايته	253	337
الوصاية على القاصر الذي لم تفك وصايته	256	339
نظام الوصاية	258	341
المشرف	262	346
ملحق الوصاية	264	348
وظائف الوصي	266	350
سلطة الوصي	268	352
واجبات الوصي	271	356
احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذي بلغ رشده	273	360
نهاية الوصاية	275	363
فك الوصاية وتعيين ولي للقاصر	278	366
نظام وكيل القاصر المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار التركة	280	369
حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية	282	371
الحجر القضائي	284	375
سير القضية الحجر القضائي	287	377

عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا	289	380
الفرق بين المحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا	291	383
اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائي ولا إدخال في مصحة	293	385
الاستشارة القضائية	295	388

القسم الثالث

الأملاك	300	397
ترتيب الأملاك	305	404
العقارات	307	407
عقار بالتخصيص	309	410
فوائد عملية في التفرقة بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص	311	413
المنقول	313	415
الإيراد	315	417
قواعد عامة لكل إيراد	317	419
العلاقة بين الملك والمالك	319	423
الملكية في ذاتها	321	426
الملكية القابلة للإلغاء	323	427
الملكية المشتركة	325	433
تحديد حق الملكية	327	435
تحديد الملكية في المناجم	330	440
نزع الملكية للمنفعة العامة	332	446

تثبيت حق الملكية أو الاسترداد	334	447
نتائج دعوى الاسترداد	336	451
بحث وضع اليد	338	454
ملك وفقد وضع اليد	340	455
النتائج القضائية لوضع اليد	342	459
قاعدة وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية	344	466
دعاوى وضع اليد	346	475

فهرس أبجدي للجزء الأول من

كتاب « المقارنات التشريعية »

الاســـــم	رقم البند	رقم الصفحة
(أ)		
افتتاحية الكتاب		61
أصول التشريع	1	63
أنواع الحكومات	6	77
إلغاء القوانين	13	87
أهلية الشخص	22	98
إشهادات الأحوال المدنية	25	103
اسم الشخص	33	108
أهلية الشخص المعنوي	44	119
الإرادة	54	128
الأجل المحدود	65	143
إلغاء العقود القانونية	69	147
اختلاف الجنس	87	161
إعلان الزواج	120	188
إعلان الزواج في القانون الدولي	122	192
إلغاء الزواج	128	197
أقسام الفسخ	130	201
الإلغاء الخاص	136	207

انحلال الزواج	171	245
أسباب الطلاق	176	249
إجراءات الطلاق	178	252
احتياطات تحفظية مدة دعوى الطلاق	182	256
إثبات البنوة	200	274
أطفال الشعب	231	307
احتياطات استثنائية لحماية القاصر الذي بلغ رشده	273	360
اختلال القوى العاقلة بدون حكم قضائي ولا إدخال		
في مصحة	293	385
الاستشارة القضائية	295	388
الأملاك	300	397
الإيراد	315	317
(ب)		
البنوة	193	269
البنوة الطبيعية	213	288
البحث عن الأمومة	219	296
بحث وضع اليد	338	454
(ت)		
تطبيق القوانين الفرنسية	15	91
تكوين الزواج	83	160
التفريق الجسماني وأسبابه	190	264

التبني وأطفال الشعب	227	303
التمتع القانوني	247	328
ترتيب الأملاك	305	404
تحديد حق الملكية	327	435
تحديد الملكية في المناجم	330	440
تثبيت حق الملكية أو الاسترداد	334	447

(ج - ح)

حرية المتعاقدين	61	139
حق طلب الإلغاء	138	209
حصر نتائج الإلغاء في الماضي	144	214
حكم ما يعمله القاصر المرفوع عنه الوصاية	282	371
الحجر القضائي	284	375

(د)

دليل الزواج	148	219
دليل شرعية الولد	195	270
الدعاوى المتعلقة بالبنوة الشرعية	202	277
دعوى إنكار الأبوة	205	280
دعوى إثبات البنوة	211	287
دعاوى وضع اليد	346	475

(ر)

رضاء مريدي الزواج	89	163

رضاء الأقارب	95	167
(ز)		
الزواج	76	154
(س)		
سجل الأحوال المدنية	27	104
السن المطلوبة للزواج	92	165
السلطة الزوجية	155	229
السلطة الأبوية وحماية عديم الأهلية	239	320
سلطة الوصي	268	352
سير قضية الحجر القضائي	287	377
(ش)		
الشخصية القضائية	17	94
الشخص المعنوي	39	115
شروط وجود وشروط صحة التعاقد	51	125
الشرط المبطل للحق	63	141
شروط وجوب النفقة	235	314
(ص)		
صورة ما رفع للسراى الملكية		33
صورة ما رفع لمشيخة الإسلام في القاهرة		36
صيغة العقود القانونية	58	133
صيانة عديم الأهلية	167	241

(ط)

الطلاق	174	247

(ع)

عمل القوانين	11	83
العقد القانوني	48	123
العائلة	73	153
عدم وجود زواج سابق	101	174
عدم وجود رابطة قرابة أو نسب	106	179
العدة	117	187
عدم أهلية المرأة المتزوجة	157	232
عديم الأهلية وحمايته	253	337
عدم أهلية المحجور عليه قضائيًا	289	380
العقارات	307	407
عقار بالتخصيص	309	410
العلاقة بين الملك والمالك	319	423

(ف)

فك الوصاية وتعيين ولي للقاصر	278	366
الفرق بين المحجور عليه قضائيًا والمحجور عليه قانونًا	291	383
فوائد عملية في التفرقة بين العقار بالطبيعة والعقار بالتخصيص	311	413

(ق)

القوانين الوضعية بمصر	5	74
قوة الإشهاد المدني في الإثبات	29	105
قواعد إذن المرأة	165	238
قواعد ولد الزنى وولد مضاجعة الأقارب	223	300
قواعد عامة لكل إيراد	317	419
قاعدة (وضع اليد في المنقولات يعادل حجة الملكية)	344	466

(م)

مقدمة		41
محل الإقامة	35	111
المعارضة في الزواج	124	193
ما يشمله عدم أهلية المرأة المتزوجة	159	234
مادة وطبيعة النفقة	237	317
مدى سلطة إدارة أموال الطفل	245	326
المشرف	262	346
ملحق الوصاية	264	348
المنقول	313	415
الملكية في ذاتها	321	426
الملكية القابلة للإلغاء	323	427
الملكية المشتركة	325	433
ملك وفقد وضع اليد	340	340

(ن)

النتيجة لأصول التشريع	4	72
نظرة عامة في القوانين	7	80
نتائج قضائية لمحل الإقامة	37	114
نهاية الشخص المعنوي	46	120
نتائج العقود القانونية	67	145
نتائج حكم إلغاء العقد القانوني	71	151
نتائج إلغاء الزواج	142	211
نظرية الزواج الفاسد	146	217
نتائج الزواج	150	223
نتائج الطلاق	184	258
النفقة	233	310
نظام الوصاية	258	341
نهاية الوصاية	275	363
نظام وكيل القاصر المرفوعة عنه الوصاية أو مستشار		
التركة	280	369
نزع الملكية للمنفعة العامة	332	446
نتائج دعوى الاسترداد	336	451
النتائج القضائية لوضع اليد	342	459

(و)

الولادة والوفاة	31	107

واجبات الزوجين المتقابلة	153	225
الولد السابق على الزواج	198	273
واجبات السلطة الأبوية	242	323
الوصاية على القاصر الذى لم تفك وصايته	256	339
وظائف الوصي	266	350
واجبات الوصي	271	356